

Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts - und Staatswissenschaftliche Fakultät
der
Westfälischen Wilhelms - Universität

Münster

vorgelegt von

Joseph Schweer

aus Lastrup / Hamstrup Krs. Cloppenburg

1962

Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang

**Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts - und Staatswissenschaftliche Fakultät
der
Westfälischen Wilhelms - Universität**

Münster

vorgelegt von

**Joseph Schweer
aus Lastrup / Hamstrup Krs. Cloppenburg**

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fikentscher
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Lukes
3. Dekan: Prof. Dr. Dr. Lukes
4. Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1962



Meiner Frau



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555422_0012

I n h a l t s v e r z e i c h n i s

	Seite
Einleitung	1
<u>1. Kapitel</u>	
Diskriminierungsverbot, eine bekannte Erscheinung des deutschen Rechts	
I. Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang	3
1. Schutzberechtigte des Diskriminierungsverbots	3
2. Bekannte Formen des Kontrahierungszwangs und deren innerer Rechtsgrund	9
a) Vertragsfreiheit und deren Grenzen im BGB	10
b) Gesetzlich normierter Kontrahierungszwang	12
c) Kontrahierungszwang über § 826 BGB	14
3. Verhältnis des Diskriminierungsverbots zum Kontrahierungszwang	18
II. Wettbewerb und Vertragsfreiheit	
- Notwendigkeit eines Diskriminierungsverbots -	21
<u>2. Kapitel</u>	
Innerer Rechtsgrund für die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch ein Diskriminierungsverbot	
I. Rechtsgrund: Pflichtstellung aus der Erteilung besonderer Erlaubnis?	28
II. Rechtsgrund: Besondere Pflichtstellung aus besonderer Machtstellung?	30
III. Rechtsgrund: Versorgungsaufgabe gegenüber der Allgemeinheit?	38
IV. Rechtsgrund: Wahrung der Chancengleichheit der Wettbewerber?	40

3. Kapitel

Der Kreis der dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB unterliegenden Unternehmen

- Auslegung der Bestimmung nach dem Rechtsgrund - Kritik zur gesetzlichen Lösung -	46
I. Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen	47
II. Diskriminierungsverbot für generell oder kraft Einzelerlaubnis zugelassene oder verbotene Kartelle	48
III. Diskriminierungsverbot für preisbindende Unternehmen	51
1. Rechtfertigung aus dem Preisbindungsvertrag	52
2. Bedeutung des § 26 Abs.2 GWB für § 17 Abs.1 Ziff.2 GWB	54
3. Rechtfertigung aus der marktmächtigen Stellung der preisbindenden Unternehmen?	56
a. Diskriminierungsverbot für preisbindende Markenartikelhersteller	58
a ₁ . Bewirkt Preisbindung Marktmacht?	59
b ₁ . Verbotene Diskriminierung bei Markenartikeln ohne Marktgeltung?	63
c ₁ . Die unterschiedliche Auswirkung des Diskriminierungsverbots bei unterschiedlicher Marktstellung der Diskriminierenden	68
- Die Interessenabwägung bei der Feststellung der Unbilligkeit oder des Fehlens eines sachlich gerechtfertigten Grundes -	
b. Diskriminierungsverbot für preisbindende Verlagsunternehmen	73
c. Diskriminierungsverbot für Erzeugerbetriebe oder Vereinigungen von Erzeugerbetrieben für landwirtschaftliches Saatgut	75

d. Diskriminierungsverbot für Versorgungsunternehmen	76
Zusammenfassende Stellungnahme zur Fassung des Diskriminierungsverbots des § 26 Abs.2 GWB	79

4. Kapitel

Die Voraussetzungen für einen Kontrahierungszwang nach § 26 Abs.2 GWB im Vergleich mit den Voraussetzungen für einen Kontrahierungszwang nach § 826 BGB und nach dem Diskriminierungsverbot des Dekartellierungsrechts

- Heutige Bedeutung des Kontrahierungszwangs aus § 26 Abs.2 GWB und des Kontrahierungszwangs aus § 826 BGB -	81
I. Der Kontrahierungszwang aus § 26 Abs.2 GWB im Vergleich mit dem Kontrahierungszwang aus § 826 BGB	81
1. Der Kreis der Verpflichteten	82
2. Der Kreis der Anspruchsberechtigten	84
3. Vergleich der Tatbestandsmerkmale "sittenwidrige Schädigung" des § 826 BGB und "unbillige Behin- derung" und "unterschiedliche Be- handlung ohne sachlich gerechtfertig- ten Grund" des § 26 Abs.2 GWB	85
4. Die subjektiven Tatbestandsvoraus- setzungen	91
II. Der Kontrahierungszwang aus § 26 Abs.2 GWB im Vergleich mit dem Kontrahierungszwang nach dem Dekartellierungsrecht	91
Zusammenfassender Vergleich des Diskrimi- nierungsverbots des § 26 Abs.2 GWB mit dem Kontrahierungszwang über § 826 BGB	94

5. Kapitel

Der Anspruch des Diskriminierten	97
I. Vortrag und Beweislast des Klägers und des Beklagten	97
II. Anspruchsgrundlage, Umfang des Anspruchs und Klageantrag bei den verschiedenen Formen der Diskriminierung	104
1. Die Diskriminierung ist abge- schlossen	104
2. Die Diskriminierung dauert an	109
3. Die Diskriminierungsgefahr besteht für die Zukunft	110

Abkürzungsverzeichnis

a.a.C.	am angegebenen Orte
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
amtl.Begr.z. Reg.Entw.	Ämtliche Begründung zum Regierungs- entwurf
BB	Der Betriebsberater
Beschl.	Beschluß
Betrieb	Der Betrieb
BGH	Bundesgerichtshof
B.Kart.A.	Bundeskartellamt
E.V.O.	Eisenbahn-Verkehrsordnung
Gem.Komm.	Gemeinschaftskommentar siehe Literaturverzeichnis: Müller-Henneberg/Schwarz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
Ih.Jh.	Iherings Jahrbücher
JZ	Juristenzeitung
Komm.	Kommentar
K.R.	Kartellrundschau
LG	Landgericht
MA	Der Markenartikel
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
Ordo	Ordo Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
Reg.Entw.	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/L	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungs- sammlung zum Kartellrecht
ZBJV	Zeitschrift des Berner Juristenvereins
ZHR	Zeitschrift für Handelsrecht

Literaturverzeichnis

- | | |
|--|--|
| Arnold, Hans | Das Verbot der Diskriminierung nach § 26 Abs.2 GWB in seinem Verhältnis zur Vertriebsbindung nach § 18 Abs.1 Nr.3 GWB, WuW 1960, S.618 |
| Axter, Herbert | Das marktbeherrschende Unternehmen im Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln-Berlin 1956 |
| Ballerstedt, Kurt | Kartellverbot und Einzelvertrag JZ 1956, S.267 |
| Baumbach-Hefermehl | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8.Auflage, München und Berlin 1960 |
| Benisch, Werner | Anmerkungen zum Beschluß des BGH vom 14.Januar 1960, WuW/E 373 |
| Biedenkopf | Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung - Die Ausschlussklausel als Beispiel - Heidelberg 1958 |
| Biermann | Rechtswang zum Kontrahieren, Ih.Jh. Bd.32, S.267 ff. |
| Borchardt, Knut
Fikentscher, Wolfg. | Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957 |
| Bülck | Vom Kontrahierungszwang zur Abschlusspflicht, Diss. Kiel 1940 |
| Callmann, Rudolf | Das Deutsche Kartellrecht, Berlin 1934 |
| Ewald, Hans | Kontrahierungszwang für preisbindende Hersteller von Markenartikel, WRP 1957, S.252 |
| Fikentscher, Wolfgang | Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 26.Oktober 1959, WuW/E BGH 565

Die vertikale Preisempfehlung, München und Berlin 1960 |

Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten.
BB 1956, S.793 ff.

"Sonstige Verträge" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Alfred Hueck zum 70.Geburtstag, S.543 ff., München und Berlin 1959

Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958, zitiert: Fikentscher, Wettbewerb

Zum Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1958, S.257 ff

Flume, Werner

Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, WuW 1956, S.457 ff

Frankfurter Kommentar

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln

Giefers, Hans-Werner

Vertikale Preisempfehlungen im Wettbewerbsrecht, Diss.Köln 1960

Geiss, A.

Abschlußzwang für Kartelle und Monopolunternehmen, MDR 1952, S.398 ff.

Geutz, Günther

Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs.2 GWB und § 9 Kart.V., WuW 61, S.587 ff.

Herzog, Berthold

Kontrahierungszwang bei Monopolen im Recht des Ungreifbaren, K.R. 1932, S.521 ff.

Huber, Ernst Rudolf

Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.1, Tübingen 1953

Hueck, Albrecht

Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958

Huppert, Walter

Die Preisbindung von Markenwaren im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Berlin 1955

- Ipsen in: Neumann, Nipperdey, Scheumer,
Die Grundrechte, Bd.II,
Berlin 1954
- Kestner-Lehnich Der Organisationszwang,
Berlin 1927
- Koenigs, Folkmar Wechselbeziehungen zwischen
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen und Recht des unlauteren
Wettbewerbs, NJW 1961, S.1041 ff.
- Krause, Herrmann Besprechung des Buches von
Hueck, Götz: Der Grundsatz der
gleichmäßigen Behandlung im
Privatrecht, ZHR Jg.1960,
S.128 ff.
- Langen, Eugen Kommentar zum Kartellgesetz,
Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen, mit Erläuterungen
für die Praxis, 3.Auflage, unter
Mitarbeit von H.v.Wieke, Neuwied
1958
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I,
Allgemeiner Teil,
München und Berlin 1958
- Lehnich, Oswald Die Wettbewerbsbeschränkung -
Eine Grundlegung
München - Berlin 1956, zitiert:
Lehnich, Grundlegung.
- Lisowsky, A. Über den Monopolcharakter des
Markenartikels, MA 1951, S.209 ff.
- Mestmäcker, Ernst Diskriminierung, Dirigismus und
Joachim Wettbewerb, WuW 1957, S.22 ff.
und S. 92 ff.
- Meyer, F.W. Warum feste Preise für Marken-
artikel, Ordo Jg. 1954, S.133 ff.
- Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung
Ulrich als Rechtsprobleme, Tübingen
1954
- Mayer-Wegelin, Heinz Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen (Kartellgesetz), Frank-
furt a.M. 1958
- Müller-Henneberg, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
Hans/Schwarz, Gustav kungen, Gemeinschaftskommentar,
Köln 1958, zitiert: Müller-Hen-
neberg (usw.) in Gem.Komm.

- | | |
|-----------------------|---|
| Müllensiefen-Dörinkel | Kartellrecht, Kommentar, 3.Auflage, Berlin 1938 |
| Nipperdey, Hans-Carl | Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920
zitiert: Nipperdey, Kontrahierungszwang
Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch, Mannheim/Berlin/Leipzig 1929, zitiert: Nipperdey, Stromsperre ... |
| Nolte | Der gegenwärtige Stand der Lehre vom Kontrahierungszwang, Das Recht (in JW) 1941, S.2389 ff. |
| Palandt | Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 19.Auflage, München und Berlin 1960 |
| Raiser, Ludwig | Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR Bd.111, S.75 ff.

Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S.1 ff.

Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, ZBJV Bd.97, Heft 4 1961, S.121 ff. |
| Rasch, Harold | Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell und Monopolrecht, Herne-Berlin 1957 |
| Rittner, Fritz | Beschränkung des Kundenkreises, MA 1958, S.197 ff. |
| Rosenberg, Leo | Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, München und Berlin 1960 |
| Schär, Felix Fritz | Die Preisbindung der zweiten Hand, Winterthur 1959 |
| Schwarz, Gustav | Kontrahierungszwang für preisbindende Unternehmen, MA 1958, S.51 f. |
| Schwenk, Edmund H. | Preisdiskriminierung im USA-Antitrust-Recht, WuW/54 , S.645 ff. |
| Sölter, A. | Güteschutzgemeinschaften und Dekartellierung, WuW 1951/52, S.57 ff. |

- Staudinger Kommentar zum BGB, Bd.I, 11.Aufl.,
Berlin 1957,
Bd.II, 11.Auflage, Berlin 1955
- Strickrodt, Georg Liefer- und Leistungsverträge un-
ter den Wirkungen des Kartellver-
bots, WuW 57, S.75
- Summerer, Lothar Der kartell- und wettbewerbs-
rechtliche Tatbestand der unglei-
chen Behandlung von Kunden, Be-
trieb 1958, S.476 ff. und S.
508 ff.
- Rechtsform und wirtschaftliche
Bedeutung des Verbots der Preis-
diskriminierung, WuW 1955,
S.355 ff.
- Wimpfheimer,
Heinrich Kontrahierungszwang für Monopole
K.R. 1929, S.1 ff. und S.512 ff.
- Wunderlich, G. Kartellgericht und Kontrahierungs-
zwang, K.R. 1930, S.806 ff.
- Würdinger, Hans Freiheit der persönlichen Entfal-
tung, Kartell- und Wettbewerbs-
recht, WuW 1953, S.721 ff.
= Schriftreihe der Juristischen
Studiengesellschaft, Karlsruhe,
Karlsruhe 1953

E i n l e i t u n g

Im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 27. Juli 1957, in Kraft getreten am 1. Januar 1958, ist in § 26 Abs. 2 für Kartelle, marktbeherrschende Unternehmen und alle Unternehmen, die mit gesetzlicher Erlaubnis eine vertikale Preisbindung vorgenommen haben, ein Verbot unbilliger Behinderung und unterschiedlicher Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund angeordnet. Mit diesem Diskriminierungsverbot - jedenfalls in so allgemeiner Form - hat der Gesetzgeber Neuland betreten und die Rechtsprechung in der Gesetzesanwendung vor neue Aufgaben gestellt.

Vorliegende Arbeit versucht, zur Klärung der Frage beizutragen, welche Bedeutung die Bestimmung für die diskriminierte Marktgegensseite hat, insbesondere ob und inwieweit ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dem Diskriminierten ein klagbares Recht gegen den Diskriminierenden auf Leistung gibt.

Eine Pflicht zur Leistung, ein Kontrahierungszwang, ist unserem Rechtssystem zwar bekannt, jedoch war diese Pflicht trotz aller Erweiterungsversuche wegen der in unserem Rechtssystem herrschenden Vertragsfreiheit, die eine weitere Einschränkung nicht zuzulassen schien, stets auf wenige enge Tatbestände beschränkt. Führt ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für alle dem Verbot Unterliegenden zum Kontrahierungszwang, so könnte dadurch eine erhebliche Erweiterung gegenüber der bekannten Form des Kontrahierungszwangs entstanden sein. Ein Vergleich des Diskriminierungsverbots mit der Bestimmung des § 826 BGB, insbesondere bezüglich des

gemeinsamen oder unterschiedlichen Rechtsgrundes für eine Einschränkung oder erweiterte Einschränkung der Vertragsfreiheit kann eine Antwort auf die Frage geben, ob bei der Prüfung der Voraussetzungen eines aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitenden Anspruchs an Bekanntes angeknüpft werden kann, inwieweit sich Unterschiede und Neuerungen ergeben und welche gemeinsame oder unterschiedliche Bedeutung heute beiden Bestimmungen zukommt. Es erscheint für die Praxis nützlich, die allgemeinen Voraussetzungen für die Schlüssigkeit und Begründetheit eines aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitenden Anspruchs zu finden. Dabei soll auch zu den Klagemöglichkeiten bei den verschiedenen Formen der Diskriminierung Stellung genommen werden.

1. K a p i t e l

Diskriminierungsverbot, eine bekannte Erscheinung des deutschen Rechts

I. Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang

Nur die Bedeutung des Diskriminierungsverbots für die Marktgegenseite ist Gegenstand dieser Untersuchung. Eine Verbindung zum Kontrahierungszwang kann nur dann bestehen, wenn der Marktgegner des Diskriminierenden zum Kreis der Schutzberechtigten des § 26 Abs.2 GWB gehört und im Falle einer Verletzung des Diskriminierungsverbots möglicher Anspruchsberechtigter ist. Der Kreis der durch das Diskriminierungsverbot Geschützten sei zunächst festgestellt.

1. Schutzberechtigte des Diskriminierungsverbots

§ 26 Abs.2 GWB lautet:

"Marktbeherrschende Unternehmen, Vereinigungen von Unternehmen im Sinne der §§ 1 bis 8, § 99 Abs.2, § 100 Abs.1 u. 7, §§ 102 u. 103 und Unternehmen, die Preise nach den §§ 16, 100 Abs.3 oder 103 Abs.1 Nr.3 binden, dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln."

Der Wortlaut der Gesetzesbestimmung gibt unmittelbar keine Antwort auf die Frage, ob der diskriminierte Marktgegner Schutzberechtigter des Verbots ist. Zur

Klärung des Schutzbereichs erscheint ein Vergleich mit den Bestimmungen angebracht, die einen Einfluß auf den Diskriminierungstatbestand des § 26 Abs.2 GWB ausgeübt haben.

Das Diskriminierungsrecht im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, das auf den Diskriminierungstatbestand sowohl im alliierten Dekartellierungsrecht als auch im GWB nicht ohne Einfluß war ¹⁾, verbot in Art.2 des Clayton Act von 1914 die Preisdiskriminierung, die darin bestand, den Wettbewerb wesentlich zu beschränken oder ein Monopol zu begründen. Die Frage ²⁾, ob nur die Diskriminierung zum Nachteil der Wettbewerber des Diskriminierenden oder auch die Diskriminierung, die eine Wettbewerbsbeschränkung der Kunden herbeiführte, verboten war, wurde durch die Ergänzung des Art.2 a Clayton Act durch den Robinson-Patman Act vom 19.Juni 1936 dahin entschieden, daß auch die Diskriminierung - jedoch beschränkt auf Preisdiskriminierung -, die den Wettbewerb auf der vor- und nachgeordneten Wirtschaftsstufe beeinträchtigt, verboten ist. Im Antitrustrecht wird also der Wettbewerb der Verkäufer und der Wettbewerb der Käufer in gleicher Weise geschützt ³⁾.

1) Vgl. Schwenk, WuW 54, S.645 ff.
Ewald, WuW 51, 53 ff.
Sölter, WuW 51, 60.

2) Vgl. Schwenk, aaO., und Mestmäker, WuW/ 57, S.22 ff. (35), die unter Bezugnahme auf die Gerichtsentscheidungen die zunächst unterschiedliche Rechtsprechung erwähnen.

3) So auch Geutz, WuW 61, S.588.

In der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf ¹⁾ wird ausdrücklich auf den äusseren Organisationszwang des § 9 der Kartellverordnung von 1923 Bezug genommen. Der äussere Organisationszwang richtet sich zwar begrifflich zunächst gegen Mitbewerber (gleichgeordnete Wirtschaftsstufe), wird aber auch gegenüber Lieferanten und Abnehmern (vor- und nachgeordnete Wirtschaftsstufe) durchgeführt, wenngleich bei dem Kampf gegen die Kundschaft weniger das Organisationsproblem als vielmehr Fragen der Organisation des Absatzes und der Kontrolle des Marktes mit Hilfe der Bindung der Abnehmer und Lieferanten entscheidet ²⁾.

Schließlich sei noch das Diskriminierungsrecht des Dekartellierungsrechts der US. - und britischen Zone herangezogen. ³⁾ Art.I 1,2 in Verb.m. Art.V, 9 c 4 Gesetz Nr.56, Verordnung Nr.78 verbot "... die diskriminierende Behandlung von Herstellern, Grossisten und anderer Personen zum Zwecke der Ausschaltung und Verhinderung des Wettbewerbs."

Lehre und Rechtsprechung haben das Diskriminierungsverbot des Dekartellierungsrechts so aufgefaßt, daß es dem Schutz des Wettbewerbs als solchem, dem Schutz der von der Diskriminierung unbillig benachteiligten Mitbewerber und auch dem Schutz der Marktgegenseite diene ⁴⁾.

-
- 1) Vgl. Text der amtlichen Begründung zu § 23 des Regierungsentwurfs, abgedruckt in Gem.Kommentar, S. 1096. - Vgl. auch amtliche Begründung aaO., S.1068 f.: "Das Diskriminierungsverbot geht bewußt über § 9 der Kartellverordnung von 1923 hinweg und verbietet nunmehr den äusseren Organisationszwang schlechthin, wo er vorher - wenn auch mit Zustimmung - zulässig war."
 - 2) Vgl. Rasch, Komm. § 26, Anm.4. - Müllensiefen - Dörinkel, Kartellrecht, VIII 4. - Kestner-Lehnich, S.53 ff. und S.307.
 - 3) Das Dekartellierungsrecht galt bis zum Inkrafttreten des GWB als deutsches Bundesrecht weiter. Vgl. statt vieler, Fikentscher, Wettbewerb..S.125
 - 4) Vgl. Fikentscher, WuW 58, S.260 m.weiteren Literaturangaben. - Zum Schutze der Marktgegenseite vgl. BGH - WuW/E BGH 127 (Gesangbuchfall).

Ein Vergleich des Diskriminierungsverbots des § 26 Abs.2 GWB mit den Bestimmungen, die einen Einfluß auf die Fassung des Wortlautes ausgeübt haben, zeigt, daß § 26 Abs.2 GWB mit größerer Deutlichkeit den Schutz der Marktgegenseite aussprechen wollte. Daß die Bestimmung nicht lediglich den Schutz des Wettbewerbs als solchen und den Schutz der von der Diskriminierung unbillig benachteiligten Mitbewerber (gleiche Wirtschaftsstufe) bezwecken wollte, ist insbesondere aus dem Fehlen des Zusatzes, die Diskriminierung müsse in wettbewerbsbeschränkender Absicht geschehen, zu schliessen ¹⁾. Allerdings ist aus dem Fehlen dieses Zusatzes nicht zu folgern, daß die Mitbewerber nunmehr nicht mehr geschützt seien. Dies folgt aus der Zielsetzung des ganzen Gesetzes, Schutz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu gewähren, und aus einem Vergleich mit dem Antitrustrecht der USA, mit dem Dekartellierungsrecht und mit dem "äusseren Organisationszwang" des § 9 der Kartellverordnung von 1923, eine Rechtsentwicklung, die der Gesetzgeber fortsetzen wollte ²⁾. Dabei werden Diskriminierungen gegen Mitbewerber notwendig auch auf Abnehmer oder Anbieter als Nebenwirkungen der Kampfmaßnahmen einwirken. Ein Unternehmen kann Mitbewerber, die nicht zugleich Abnehmer sind, erst unter dem Einfluß auf gemeinsame Lieferanten oder Kunden unbillig behindern. In vielen Fällen wird

1) Vgl. Art.V 9c 4 des Dekartellierungsrechts "Zum Zwecke der Ausschaltung und Verhinderung des Wettbewerbs".

Vgl. auch Sec. 2 a Clayton Act in der Fassung des Robinson-Patman Act (Price-Discrimination-Act..)

"...when the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them"

2) Fikentscher, WuW 58, S.262.

sich daher eine scharfe Grenze zwischen einer Diskriminierung der vor- oder nachgeordneten Wirtschaftsstufe und einer solchen der Mitbewerber nicht ziehen lassen. Aus der Wechselbeziehung zwischen den Mitbewerbern auf der einen und den Kunden auf der anderen Seite läßt sich auch der rechtspolitische Zweck des GWB erklären. Das Gesetz hat beide Marktseiten im Auge ¹⁾.

Auch dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB liegt somit die Gesamtzielsetzung des Gesetzes, "die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen" ²⁾, zugrunde. Umstritten ist, ob der Schutz des Wettbewerbs im Interesse der Gesamtwirtschaft oder im Interesse der individuellen Wettbewerbsfreiheit des einzelnen Marktteilnehmers erfolgt. ³⁾

Man kann weder die eine noch die andere Zielsetzung als erschöpfend ansehen. ⁴⁾

Auch die Freiheit des Wettbewerbs als Institution kann nur durch den Schutz der individuellen Wettbewerbs- und Entschliessungsfreiheit erhalten werden ⁵⁾. Der Schutz der individuellen Wettbewerbsfreiheit ist im Hinblick auf § 26 GWB auch nicht bestritten, sondern nur im Hinblick auf das im ersten Abschnitt des Gesetzes geregelte Kartellverbot und seine Ausnahmen ⁶⁾. Das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2

1) So Fikentscher, BB 56, S.793; Koenigs, NJW 1961, S.1043.

2) Amt.Begründung des Reg.Entw., A I, Einleitung, abgedr. in Gem.Komm. S.1057.

3) Würdinger, WuW 53, S.721; Ballerstedt, JZ 56, S.27 und Strickrodt, WuW 57, S.75 ff., glauben, daß lediglich der Wettbewerb als Institution geschützt sei.
Den Individualschutzzweck des GWB betonen Fikentscher, Wettbewerb ..., S.227, 230, BB 56, S.793, und Lukes, Kartellvertrag, S.28 ff., 184 ff., 299, 302.

4) So auch Koenigs, NJW 1961, S.1041 ff., mit weiteren Literaturangaben.

5) Fikentscher, BB 56, S.796.

6) Würdinger, WuW 53, S.721 ff.

GWB will also den Wettbewerb auf der Wirtschaftsstufe des Diskriminierenden und auf der vor- und nachgeordneten Wirtschaftsstufe, sowie die individuelle Wettbewerbs- und Entschliessungsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer auf der Wirtschaftsstufe des Diskriminierenden und auf der vor- und nachgeordneten Wirtschaftsstufe schützen. Soweit der Schutz der Mitbewerber in Frage steht, soll verhindert werden, daß der Diskriminierende den Wettbewerb auf seiner Wirtschaftsstufe beeinträchtigt und sich gegenüber seinen Konkurrenten - auf dem Wege über die gemeinsamen Kunden - einen unbilligen oder ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung verschafft. Soweit der Schutz der Marktgegenseite in Frage steht, der allein Gegenstand dieser Untersuchung ist, soll die Wettbewerbsfreiheit der nachgeordneten Wirtschaftsstufe und der einzelnen Marktteilnehmer auf dieser Wirtschaftsstufe geschützt werden. Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit ist, soweit der Schutz des betroffenen Marktgegners in Frage steht, nicht nur zu verstehen als die Beschränkung der Handlungsfreiheit, sondern auch als die Beschränkung der Möglichkeiten, am Wettbewerb teilzunehmen, und demnach als Beschränkung der Wettbewerbschancen gegenüber den Mitbewerbern.

Soweit die Marktgegenseite als Schutzberechtigte des Diskriminierungsverbots in Frage steht, besteht auch eine Verbindung zum Kontrahierungszwang. Den in § 26 Abs.2 GWB bezeichneten Unternehmen ist es verboten, andere Unternehmen unbillig zu behindern oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich zu behandeln. Die bezeichneten Unternehmen sind somit in der Behandlung ihrer Partner nicht völlig frei. Die Bestimmung bedeutet eine Einschränkung der Vertragsfreiheit der dem Verbot unterliegenden Unter-

nehmen. Erfolgt diese Einschränkung zum Schutze bestimmter Marktteilnehmer, so muß dem Verbot auch ein Anspruch gegenüberstehen. - Denn der Schutz der betroffenen Marktgegner wäre wirkungslos, wenn sich nicht bei einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot ein Anspruch darauf ergeben würde, daß die Diskriminierung unterlassen wird.¹⁾ Damit erscheint auch das Problem des Kontrahierungszwangs. Es ist die Frage, inwieweit eine Einschränkung der Vertragsfreiheit zum Schutze anderer gerechtfertigt ist. Es sollen daher hier die bekannten Formen des Kontrahierungszwangs untersucht werden, um feststellen zu können, ob bei der Prüfung des Anspruchs aus § 26 Abs.2 GWB an bekannte Erkenntnisse angeknüpft werden kann.

2. Bekannte Formen des Kontrahierungszwangs und deren innerer Rechtsgrund

Unter Kontrahierungszwang soll verstanden werden: Die durch Gesetz oder auf gesetzlicher Grundlage durch Verwaltungsakt geschaffene Pflicht zum Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages²⁾ mit bestimmtem Inhalt³⁾. Das Wesen des Kontrahierungszwangs besteht somit im willensfremden Zwang⁴⁾ zum Abschluß eines Vertrages. Wird nicht der Vertrags-

1) So Baumbach-Hefermehl, § 26 II GWB Anm.53.

2) Insoweit Definition von Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd.I, S.486 f.

3) Auf die Notwendigkeit eines Abschlußzwanges in Verbindung mit einem Inhaltszwang hat zuerst Nipperdey hingewiesen, Nipperdey, Kontrahierungszwang S.31.

4) Vgl. Nipperdey aaO.
"Willensfremd" bedeutet, daß der Vertrag unabhängig vom Willen zustande kommt. Fälle, in denen sich der Wille des Verpflichteten mit dem Zwang deckt, werden somit umfaßt.

schluß schlechthin abgelehnt, sondern werden lediglich unerlaubt unbillige Bedingungen gestellt, so besteht ein Zwang zum Abschluß eines Vertrages mit bestimmtem Inhalt. Kontrahierungszwang steht im Widerspruch zur uneingeschränkten Vertragsfreiheit.

Um die Frage nach der Rechtfertigung des Kontrahierungszwangs beantworten zu können, müssen die Grenzen der Vertragsfreiheit erkannt werden.

a) Vertragsfreiheit und deren Grenzen im BGB

Der Gesetzgeber des BGB hat den Grundsatz der Vertragsfreiheit, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch klar als Leitprinzip des Schuldrechts anerkennen wollen ¹⁾. Es sind grundsätzlich alle Verträge mit dem Inhalt gültig, den die Parteien vereinbart haben ²⁾. Eine Schranke hat der Gesetzgeber lediglich aufgestellt beim Verstoß gegen das Gesetz (§ 134 BGB) und gegen die guten Sitten (§§ 138, 826 BGB) und soweit bei bestimmten Vertragstypen ein bestimmter Inhalt zwingend vorgeschrieben oder für unwirksam erklärt wird (z.B. bei Mietverträgen für eine längere Zeit als dreißig Jahre kann die gesetzliche Kündigungsfrist nicht vertraglich ausgeschlossen werden, § 567 BGB). Der Gesetzgeber ging bei der Fassung des BGB offensichtlich von der Voraussetzung aus, daß jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr selbst für die Wahrung seiner Interessen sorgen kann ³⁾. Haben sich die Parteien nach eigenem freien Willen geeinigt, so besteht kein Anlaß, dem geschlossenen Vertrag die Rechtsgültigkeit zu versagen. Die Einigung bietet die Gewähr für die Richtigkeit des Ver-

1) Vgl. z.B. § 305 BGB.

2) Raiser, JZ, 58, S.1.

3) Raiser, aaO., S.2. Raiser gibt eine geschichtliche Übersicht über die Entwicklung der Vertragsfreiheit.

einbarten. Dabei mußte sich der Gesetzgeber von einander unabhängige - oder in gleicher Weise abhängige - Vertragsparteien vorstellen; denn nur dann können sie das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung in angemessener Weise selbst festlegen. Besteht ein - wirtschaftliches - Abhängigkeitsverhältnis, so ist der Vertrag nicht mehr unbedingt eine Gewähr für den gemeinsamen Willen der Parteien. Je größer der Unterschied der Parteien hinsichtlich ihrer Marktmacht ist, umso geringer ist der gemeinsame Wille als Vertragsvoraussetzung geeignet, ein gerechtes Vertragsverhältnis zu gewähren. Der Inhalt des Vertrages entspricht dem Wunsch des Mächtigen ¹⁾. Daß der Gesetzgeber sich diese Unabhängigkeit der Vertragsparteien vorgestellt hat, ist gerade aus dem Fehlen besonderer Schutzvorschriften im Kaufrecht zu Gunsten des Schwächeren zu entnehmen; denn wo die Möglichkeit eines Abhängigkeitsverhältnisses angenommen wurde, z.B. beim Dienstvertrag, hat der Gesetzgeber auch Schutzvorschriften für den Abhängigen erlassen ²⁾. Wo dieses Abhängigkeitsverhältnis besonders deutlich in Erscheinung tritt, hat der Gesetzgeber auch außerhalb des BGB die Interessen des Abhängigen gewahrt, z.B. im Arbeitsrecht und im Recht der Wohnungsmiete, ³⁾ und bei bestimmten Unternehmen einen Kontrahierungszwang angeordnet.

1) Vgl. Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung ..., S.113.

2) Lehnich, Grundlegung, S.220.

3) Vgl. unten S. 13 f.

b) Gesetzlich normierter Kontrahierungszwang

Es handelt sich hier insbesondere um öffentliche Verkehrs- und Versorgungsunternehmen, für die gesetzlich ein Kontrahierungs- und Tarifzwang angeordnet wurde, soweit ihre Beziehungen zum Publikum privatrechtlich gestaltet sind ¹⁾. Auf eine geschlossene Zusammenstellung der Fälle kann hier verzichtet werden ²⁾. Es muß vielmehr genügen, den inneren Rechtsgrund für die Einschränkung der Vertragsfreiheit festzustellen, um Anhaltspunkte oder Unterschiede für die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch das Diskriminierungsverbot zu gewinnen.

In den gesetzlich geregelten Fällen des Kontrahierungszwangs handelt es sich stets um Unternehmen mit Monopolstellung. Die Monopolstellung allein vermag jedoch eine Einschränkung der Vertragsfreiheit der Monopolinhaber noch nicht zu rechtfertigen; denn hier braucht das wirtschaftliche Übergewicht einer Partei noch nicht die freie Willenseinigung der Parteien zu beeinflussen. Erstreckt sich das Monopol auf Güter, auf die der Einzelne ohne große Entbehren verzichten kann, so braucht der Einzelne sich einem Vertragsdiktat des Monopolinhabers zu unbilligen Bedingungen nicht zu beugen, sondern kann auf den Vertragsabschluß verzichten. Nur bei einem Monopol bezüglich lebenswichtiger Güter oder Einrichtungen kann der Einzelne nicht mehr selbst für seine Interessen sorgen. Weil der Einzelne auf einen Ver-

1) Soweit die Beziehungen zum Publikum öffentlich-rechtlich geregelt sind, entspricht dem Kontrahierungszwang ein Zulassungszwang.

2) Beispielhaft seien erwähnt: § 435 HGB, §§ 3 ff. EVO (betreffend die Eisenbahn), §§ 17 Abs. 2, 24 Personenbeförderungsgesetz, § 6 Energiewirtschaftsgesetz.

tragsschluß mit dem Monopolinhaber angewiesen ist, fehlt es an der Voraussetzung der Vertragsfreiheit, der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Partner. Durch die Anordnung eines gesetzlichen Kontrahierungszwangs für Monopolinhaber bezüglich lebensnotwendiger Güter oder Einrichtungen will also der Staat die Versorgung der Allgemeinheit mit diesen Gütern sicherstellen. Der Staat will verhindern, daß durch eine mißbräuchliche Ausnutzung der Macht die notwendige Versorgung der Allgemeinheit in Frage gestellt wird und stellt die Macht daher unter Kontrolle. Das Recht für diese Kontrolle kann der Staat daraus ableiten, daß die notwendige Versorgung der Allgemeinheit mit lebensnotwendigen Gütern ein dem Recht des Einzelnen auf Vertragsfreiheit höherwertiger Gesichtspunkt und eine öffentliche Aufgabe des Staates ist. ¹⁾ Innerer Rechtsgrund für die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch die Kontrolle der Macht ist somit die Versorgungsaufgabe gegenüber der Gemeinschaft. ²⁾ Dabei entscheidet für die Frage, ob die Einschränkung der Vertragsfreiheit gerechtfertigt ist, weniger der Gesichtspunkt, ob ein Konkurrenzgewerbe besteht, als vielmehr, ob der notwendige Bedarf anderweitig gedeckt werden kann ³⁾.

Allein die Versorgungsaufgabe - wenn auch im weiteren Sinne, da hier kein Güteraustausch stattfindet - rechtfertigt auch die seit langem bezüglich der Gestaltung und auch der Beendigung des Vertragsverhältnisses im Arbeitsrecht und im Recht der Wohnungsmiete bestehende Einschränkung der Vertragsfreiheit. Der Staat schützt die Mehrheit der Bevölkerung, die

1) Vgl. Larenz, Bd.I, S.37

2) Larenz, aaO.

3) Vgl. Nipperdey, Stromsperre ..., S.30.

auf einen Unterhalt in abhängigen Arbeitsverhältnissen und auf Unterkunft in Mietwohnungen angewiesen ist ¹⁾.

c) Kontrahierungszwang über § 826 BGB

Nicht für alle Monopolunternehmen, die die Bevölkerung mit lebensnotwendigen Gütern versorgen, ist ein gesetzlicher Kontrahierungszwang festgelegt. Die gesetzlich geregelten Fälle sind lückenhaft. Es ist daher die Frage oft behandelt worden, ob die gesetzlichen Vorschriften auf ähnliche Fälle entsprechend angewendet werden können. Die Rechtsprechung hat eine Analogie unter Hinweis auf den Ausnahmecharakter der gesetzlichen Vorschriften stets abgelehnt und hat eine Lösung gefunden, die auch nach geltendem Recht geeignet schien, die Lücke für alle nicht geregelten Fälle auszufüllen. Das Reichsgericht hat schon in früher Zeit ²⁾ und danach in ständiger Rechtsprechung

1) Vgl. Raiser, JZ 58, S.3.

Hiervon unterschieden werden müssen zwangswirtschaftliche Regelungen in und nach dem ersten Weltkrieg, vor und während des zweiten Weltkrieges. Hier handelt es sich um vorübergehendes Notrecht, wodurch der Grundsatz der Vertragsfreiheit teilweise außer Kraft gesetzt wurde. Diese Gruppe kann hier außer Betracht bleiben, da unser heutiges Wirtschaftssystem zugrunde gelegt wird, wo die Zwangswirtschaft abgeschafft und der Grundsatz der Vertragsfreiheit aufrecht erhalten ist.

2) Zuerst im Jahre 1901; RGZ 48, 127, unter Bezugnahme auf Biermann in Jh.Jb. Bd.32, S.267 ff.

entschieden, daß sich aus der Vorschrift des § 826 BGB, die bei vorsätzlicher sittenwidriger Schadenszufügung eine Ersatzpflicht vorsieht, mittelbar ein Kontrahierungszwang ergeben könne. Dabei wurde die Voraussetzung nur als gegeben angesehen, soweit es sich faktisch um denselben Wirtschaftsbereich als in den gesetzlich geregelten Fällen handelte. Derjenige, dem der Kontrahierungszwang auferlegt wird, muß eine effektive Monopolstellung bezüglich für die Allgemeinheit lebensnotwendiger Güter oder bezüglich eines für das Gemeinwohl oder den Geschäftsverkehr unentbehrlichen Gewerbes besitzen ¹⁾. Der Kreis der dem Kontrahierungszwang unterliegenden Unternehmen ist also sehr eng gefaßt. Auch die Voraussetzung der sittenwidrigen vorsätzlichen Schadenszufügung wird nur bei Vorliegen besonderer Merkmale als erfüllt angesehen. Aus der umfangreichen Rechtsprechung des RG darüber, wann das Nichtkontrahieren einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt, lassen sich im wesentlichen folgende Tatbestände zusammenfassen:²⁾

Ein Monopolinhaber schließt einzelne Kunden aus unlauteren oder anderen nicht gerechtfertigten Gründen (willkürlich) vom Geschäftsverkehr mit ihm zu den Bedingungen aus, die der Allgemeinheit zugebilligt werden. ³⁾

Ein Monopolinhaber legt einzelnen Kunden in Verträgen "unbillige unverhältnismäßige Opfer auf oder schreibt ihnen unbillige, unverhältnismäßige oder von den allgemeinen und angemessenen abweichende Bedingungen, etwa den Verzicht auf rechtmäßig

1) Vgl. z.B. RGZ 143, 28.

2) Zusammenstellung nach Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.I, S.427 f.

3) RGZ 48, 127; 143,24 ff. (28).

begründete Ansprüche, vor ¹⁾).

Ein Monopolinhaber setzt in den Bedingungen, zu denen er Verträge abschließt, einseitig seine Interessen durch ohne Rücksicht darauf, ob diese mit den allgemeinen Verkehrsbedürfnissen vereinbar sind oder verschafft sich unverhältnismäßige Vorteile in Umkehrung der vom Gesetzgeber gewollten und vom Verkehr gebilligten Rechtslage ²⁾).

Ein Monopolinhaber nutzt die Notlage (Konkurs, Zwangsverwaltung) aus, in der ein anderer sich befindet ³⁾).

Ein Monopolinhaber vernichtet einen anderen wirtschaftlich oder fügt ihm einen übermäßigen wirtschaftlichen Schaden zu, der in keinem Verhältnis zum Vorteil des Schädigers steht, oder schränkt ihn übermäßig in seiner wirtschaftlichen Freiheit ein ⁴⁾).

Diese Tatbestände stellen einen Verstoß gegen die guten Sitten und einen Mißbrauch der Monopolstellung dar.

Bei den genannten Tatbeständen ergibt sich im Wege des Schadensersatzes aus der Pflicht zur Naturalrestitution gemäß § 249 BGB mittelbar ein Kontrahierungszwang. Geschützt werden soll durch diese Einschränkung der Vertragsfreiheit die Teilhabe der Allgemeinheit an den lebenswichtigen Gütern oder die Teilhabe an für das Gemeinwohl oder den Geschäftsverkehr unentbehrliche Gewerbe. Es werden also Verbraucherinteressen geschützt. Es handelt sich daher, jeden-

1) RGZ 143,28 und die dort angeführten Entscheidungen.

2) Vgl. RGZ 115,218 und die dort angeführten Entscheidungen.

3) Vgl. RGZ 132,276.

4) Vgl. RGZ 128,97.

falls soweit ein Gütertausch stattfinden soll, insbesondere um einen Zwang zum Kontrahieren unmittelbar mit dem Verbraucher.

Soweit es sich um einen Kontrahierungszwang mit einem Unternehmen, das als Händler mit diesen Gütern auftritt, handelt, ist nicht das Interesse des einzelnen Unternehmens an dem Vertragsschluß maßgebend, sondern maßgebend ist, ob durch ein Nichtkontrahieren Belange der Allgemeinheit oder lebenswichtige Interessen der Verbraucher betroffen werden. ¹⁾ Dabei kann die Allgemeinheit in gewisser Weise beschränkt sein, z.B. bei der Inanspruchnahme eines Verkehrsgewerbes ²⁾. Auch kann die Ablehnung der lebensnotwendigen Befriedigung nur eines Einzelnen sittenwidrig sein ³⁾. Den einzelnen Händler auf der Marktgegensseite sah man nur insoweit selbst als schutzbedürftig an, als eine Handlung mit dem Selbstzweck der Existenzvernichtung oder übermäßigen Schädigung erfolgte ⁴⁾. Die Beschränkung der Wettbewerbsfähigkeit und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit von Kunden durch die den Abschluß verweigernden Monopolunternehmen hat das RG nicht als sittenwidrig angesehen ⁵⁾. Rechtsgrund für die Einschränkung der Vertragsfreiheit ist also auch hier

1) Vgl. LG Berlin, WuW/E LG/AG 6;
RGZ 143,24 ff. (28);
OLG Hamm, WuW 1951/52, S.647 f.;
Palandt-Danckelmann, Einf.vor § 145 Anm.3.

2) Vgl. RGZ 128,97.

3) RGZ 148,364 (373).

4) Vgl. z.B. RGZ 56,271 (278).

5) Vgl. RGZ 148,364 (372);
RG in K.R. 1924, S.166 (kein Anspruch auf Aufnahme in einem kollektiven Gegenseitigkeitsvertrag).

die Versorgungsaufgabe gegenüber der Allgemeinheit.¹⁾

3. Verhältnis des Diskriminierungsverbots zum Kontrahierungszwang

Der Kontrahierungszwang in der bekannten Form hat mit dem Diskriminierungsverbot gemeinsam das Verbot der ungleichen Behandlung. Das dem Kontrahierungszwang unterliegende Unternehmen darf alle zum Vertragsschluß Berechtigten, das sind alle, die auf den Vertragsschluß angewiesen sind, weder hinsichtlich des Vertragsabschlusses noch hinsichtlich des Vertragsinhalts ungerechtfertigt ungleich behandeln²⁾. "Der Kontrahierungszwang enthält also wesensgemäß ein Diskriminierungsverbot, dessen Rechtsgrundlage die gleiche ist, wie die des Kontrahierungszwangs selbst, also die besondere Vorschrift, die den Kontrahierungszwang vorsieht oder das Verbot der sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB."³⁾

Andererseits enthält auch das Diskriminierungsverbot einen Kontrahierungszwang. Diese Feststellung ist eine notwendige Folgerung, wenn man die Kunden auf der Marktgegenseite als Schutzberechtigte des Diskriminierungsverbots ansieht. Dies ist auch heute

1) Nipperdey, Kontrahierungszwang ... S.35, nennt es das soziale Interesse an eine bestimmte Wertbewegung, wo der Kontrahierungszwang als "Sicherheitsventil" dafür erforderlich sei, daß sich der Güteraustausch normal vollziehe. Es sei erforderlich für Stockungen, die normalerweise nicht eintreten. Nipperdey unterscheidet davon den Kontrahierungszwang, der sich normalerweise nicht oder nicht so vollzieht, z.B. in Kriegszeiten.

2) Vgl. BGH WuW 59, S.325.

3) Fikentscher, WuW 58, S.258.

allgemein erkannt ¹⁾.

Sowohl die Ablehnung des Geschäftsverkehrs schlechthin als auch jede unterschiedliche Behandlung bei Preisen und Geschäftsbedingungen kann eine unzulässige Diskriminierung bedeuten ²⁾. Soweit das Diskriminierungsverbot den Schutz des betroffenen Marktgegners bezweckt, ist § 26 Abs.2 GWB eine Schutzbestimmung im Sinne des § 35 GWB und des § 823 II BGB, wonach der Diskriminierende zum Schadensersatz verpflichtet ist.

Daß sich aus dem Schadensersatzanspruch mittelbar über die Pflicht zur Naturalherstellung ein Kontrahierungszwang ergeben kann, kann mit einem Hinweis auf den aus §§ 826, 249 BGB abgeleiteten Kontrahierungszwang begründet werden. Es ergibt sich insoweit für § 26 Abs.2 GWB nichts anderes.

Aus dem unterschiedlichen Zweck des Kontrahierungszwangs in der bekannten Form und des Diskriminierungsverbots ergeben sich jedoch wesentliche Unterschiede. Es wurde festgestellt, daß der Kontrahierungszwang die notwendige Versorgung der Gemeinschaft sicherstellen soll ³⁾, das Diskriminierungsverbot aber dem Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerbsfreiheit des einzelnen Marktteilnehmers dient ⁴⁾. In beiden Fällen erfolgt eine Kontrolle der Macht für das Unternehmen, das infolge der Marktmacht der steuernden Funktion des Wettbewerbs nicht unterliegt, nur der Zweck der Kontrolle ist verschieden. Der Kontrahierungszwang in der bekann-

1) So z.B. Baumbach-Hefermehl, § 26 GWB, Anm.53;
OLG Celle, WuW/E OLG 254;
OLG München, WRP 59, S.158 ff.

2) Vgl. amtl.Begr.z.Reg.Entw.zu § 23 Anm.3 b
abgedr. in Gem.Komm. S.1097.

3) Vgl.oben S. 12 ff., 14 ff.

4) Vgl.oben S. 7 ff.

ten Form dient nicht dem Schutz des Wettbewerbs. Er hat mit Wettbewerb nur insofern etwas zu tun, als er bei fehlendem Wettbewerb in Erscheinung tritt. Der Kontrahierungszwang verbietet einem Unternehmen auch, den Vertragsabschluß mit allen sich bewerbenden Kunden abzulehnen oder allen Kunden unbillige Bedingungen zu stellen. In diesem Falle liegt eine ungleiche Behandlung, eine Diskriminierung, nicht vor. Keiner der Kunden wird gegenüber dem anderen im Wettbewerb benachteiligt. Der Kontrahierungszwang reicht insofern weiter als das Diskriminierungsverbot.

Andererseits besteht beim Kontrahierungszwang ein Verbot der ungleichen Behandlung nur beim Vertragsabschluß. Das Diskriminierungsverbot aber bedeutet ein allgemeines Verbot der ungleichen Behandlung. "Hierunter fällt jede Beziehung geschäftlicher Art, die zu Unternehmen auf der Marktgegenseite bestehen kann." ¹⁾ Wenngleich in der Praxis die Diskriminierung wohl meistens beim Abschluß von Verträgen auftritt, so sind doch Diskriminierungen bei anderen geschäftlichen Beziehungen durchaus denkbar, z.B. werden von gleichartigen Unternehmen einige zu einer Tagung eingeladen, andere aber nicht. Auch unterschiedliche Gewährungen von Kundendienst oder Werbehilfen außerhalb von Verträgen sind denkbar. ²⁾ Eine Diskriminierung dieser Art ist gemäß § 26 Abs.2 GWB ebenfalls verboten, wenn sie für den Betroffenen gegenüber den Bevorzugten einen Nachteil im Wettbewerb zur Folge hat.

Gegenstand dieser Arbeit ist das Verhältnis des aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitenden Kontra-

1) Fikentscher, WuW 58, S.259.

2) Geutz, WuW 61, S.604..

hierungszwangs zu den bekannten Formen des Kontrahierungszwangs. Ein Kontrahierungszwang über § 826 BGB war bislang auf wenige Tatbestände beschränkt. Eine Ausdehnung erschien wegen der in unserem Rechtssystem herrschenden Vertragsfreiheit unzulässig. Durch das Diskriminierungsverbot ist, wie noch zu zeigen sein wird, eine erhebliche Erweiterung bezüglich der objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen eingetreten. Die Rechtfertigung für eine erweiterte Einschränkung der Vertragsfreiheit muß gefunden werden. Zuvor soll untersucht werden, ob ein Kontrahierungszwang über § 826 BGB unserem heutigen Wirtschaftsleben noch gerecht werden kann, oder ob eine Erweiterung oder Ergänzung durch ein Diskriminierungsverbot notwendig erscheint.

II. Wettbewerb und Vertragsfreiheit

- Notwendigkeit eines Diskriminierungsverbots -

Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung werden hier verstanden im Sinne der Definition von Borchardt-Fikentscher: Wettbewerb bedeutet ¹⁾ "das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftsleben beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsabschlüssen mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsverbindungen", Wettbewerbsbeschränkung bedeutet: (formal) ²⁾ "die Verhinderung oder Beseitigung des selbständigen Strebens sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber), eines Strebens, das auf Ge-

1) S. 15

2) Borchardt-Fikentscher, S.29, Fikentscher, Wettbewerb S.47,48; zustimmend, Müller-Henneberg in Gem.Komm. § 1 GWB Anm.24.

schäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsverbindungen gerichtet ist". (Materiell): "Eine formale Wettbewerbsbeschränkung, die das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsverbindungen durch Beschränkung der dem Kunden offenstehenden Alternativen beeinträchtigt."

Es wurde oben bei der Untersuchung der Kriterien der Vertragsfreiheit festgestellt, daß das System der Vertragsfreiheit nur bei vorhandener Unabhängigkeit der Vertragspartner eine Gewähr für den gemeinsamen Willen der Parteien hinsichtlich des Vereinbarten gibt. Die fehlende Unabhängigkeit trat deutlich in Erscheinung, wenn ein Vertragspartner ein Monopol bezüglich lebenswichtiger Güter besaß. Hier konnte die Schranke des § 826 BGB die Interessen des Abhängigen, der auf andere Anbieter nicht ausweichen konnte, an der Teilhabe an den lebenswichtigen Gütern wahren. Die Vorschrift des § 826 BGB gibt einen Schutz vor Verletzung lebenswichtiger Verbraucherinteressen.

Auf anderen Märkten außer auf solchen bezüglich lebenswichtiger Güter zwingt lediglich das sich selbst steuernde System des freien Wettbewerbs die Marktteilnehmer zu einem bestimmten Marktverhalten. Solange dieses System des Wettbewerbs vollkommen ist, d.h. wenn die Zahl der Marktteilnehmer auf beiden Seiten so groß ist, daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist (vollkommener Wettbewerb) ¹⁾, solange ist auch die Steuerung der Wirtschaft vollkommen. Die mechanische Wirkung der freien Konkurrenz, die Möglichkeit des Nachfragers,

1) Vgl. aml. Begr. zum Reg. Entw. unter A V, abgedr. in Gem. Komm. S. 1059.

auf Alternativen auszuweichen, hindert den Anbieter, mit nachteiliger Wirkung zu diskriminieren. Auf diesen erwarteten Wirkungen der freien Konkurrenz beruht auch die Einführung der schrankenlosen Vertragsfreiheit in unserer Rechtsordnung. Die Vertragsfreiheit wurde erst und in dem Maße eingeführt, als und in dem die Konkurrenzfreiheit geschaffen wurde. Man glaubte, daß die Wahlfreiheit des Abnehmers als mechanische Wirkung der freien Konkurrenz all das leicht und spielend lösen würde, was die Polizeiverordnungen nicht oder nur unvollkommen hatten durchsetzen können ¹⁾. Die vollkommene Konkurrenz, wie sie dem wirtschaftspolitischen Leitbild von der Marktwirtschaft entspricht, ist jedoch in Wirklichkeit kaum gegeben, noch realisierbar. ²⁾ Die Wirklichkeit ist das System der unvollkommenen Konkurrenz ³⁾. Eine Rechtsordnung kann daher auch nicht das Marktverhalten der Marktteilnehmer nach einem theoretischen Marktmodell ausrichten, sondern nur nach der Wirtschaftsordnung, wie sie der Wirtschaftsverkehr als Institution der bestehenden Marktwirtschaft kennt. ⁴⁾

-
- 1) Lehnich, Grundlegung ... S.222 m.zahlreichen Beispielen.
 - 2) So auch Generalbericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik C II abgedr. in Gem.Komm. S.1165.
 - 3) Baumbach-Hefermehl, Allgem.I Anm.8; Lehnich aaO., S.589; Meyer-Cording, S.22.
 - 4) So: BGHZ 13,37 "Das Kartellrecht bezweckt den Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Marktwirtschaft"; BGH, WuW/E BGH 68; Bartholomeyczik in Gem. Komm. § 22 Anm.33.

Aus der Erkenntnis, daß der Wettbewerbsbegriff der Praxis das heterogene Oligopol (die monopolistische Konkurrenz unter wenigen) mit objektiver gegenseitiger Beeinflußbarkeit ist, hat Fikentscher die obige Definition des Wettbewerbsbegriffs entwickelt. Danach "scheidet der reine oder vollkommene Wettbewerb sowohl als Begriff wie als wirtschafts- oder rechtspolitisches Ziel aus der Betrachtung aus" ¹⁾.

Die Rechtsordnung muß daher auf die Sicherung eines absolut gerechten Güteraustausches verzichten und kann nur ein Marktverhalten sichern, dessen Wettbewerbsmäßigkeit sich nach dem Wettbewerb richtet, den die bestehende Marktwirtschaft voraussetzt, nicht den es als Idealbild anstrebt, ohne es ganz erreichen zu können. Eine Rechtsordnung kann erst dann dem Verhalten des Einzelnen Schranken setzen, wenn durch das sich selbst überlassene System der Vertragsfreiheit auch ein annähernd gerechter Ausgleich bei Austauschverträgen nicht mehr gewährleistet ist. Dieses ist dann der Fall, wenn ein Vertragspartner eine Marktmacht besitzt, die es ihm ermöglicht, unter Außerachtlassung der Spielregeln der Wettbewerbswirtschaft, wie sie der wirkliche Wirtschaftsverkehr auffaßt, die Marktbedingungen im wesentlichen selbst zu gestalten. Diese Macht ist dann gegeben, wenn der Nachfrager nicht auf genügend gleichwertige Alternativen ausweichen kann, oder wenn die Ausweichmöglichkeit erschwert ist, wenn eine Marktbeherrschung oder materielle Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der Definition von Borchardt-Fikentscher vorliegt. Fehlt dem Nachfrager die Möglichkeit, ohne Schwierigkeit auf gleichwertige Alternativen auszuweichen, so kann die Vertragsfreiheit die Funktion, die ihr von der Rechtsordnung zugedacht ist, nicht mehr erfüllen ²⁾. Die Freiheit des Nachfragers, frei

1) Fikentscher, Wettbewerb ... S.31 ff.

2) Rittner, MA 1958, S.197 ff.

zu bestimmen, ob, mit wem und welchen Inhalts er einen Vertrag schliessen will, seine Vertragsfreiheit, ist nur eine "formelle" ¹⁾. Wettbewerb und Vertragsfreiheit stehen somit derart in einem Abhängigkeitsverhältnis, daß bei Fehlen des Wettbewerbs zwar nicht die Vertragsfreiheit selbst (formell), jedoch die Möglichkeit der Geltendmachung ausgeschlossen wird ²⁾.

Wettbewerb oder mangelnder Wettbewerb (materielle Wettbewerbsbeschränkung) übt also seine Wirkung nicht nur auf die Mitbewerber, sondern auch auf die Marktgegenseite, den Kunden, aus. Bislang dachte man bei einem Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip und bei der Sicherung wettbewerbsgemäßen Verhaltens wohl meist an den Wettbewerb unter den Konkurrenten. Dieser Schutz ist geregelt im Recht des unlauteren Wettbewerbs, UWG-Recht, das auch durch § 26 Abs.2 GWB eine Erweiterung erfahren hat ³⁾. Die Sicherung wettbewerbsgemäßen Verhaltens wurde, soweit die Marktgegenseite betroffen wurde, bislang unter dem Gesichtspunkt der §§ 138, 826 BGB geprüft. Jedoch ergibt sich aus den obigen Ausführungen zu § 826 BGB, daß mit einer Vorschrift, die auf eine vorsätzliche sittenwidrige Schadenszufügung abstellt, ein Unternehmen nicht gezwungen werden kann, seine Vertragspartner so zu behandeln, wie er bei freiem Wettbewerb dazu gezwungen wäre; denn ein wettbewerbswidriges Verhalten marktbeherrschender Unternehmen ist zwar in der Regel verwerflich, jedoch nur in Grenzfällen sittenwidrig ⁴⁾.

1) Ausdruck "formelle Vertragsfreiheit" aus Lehnich, Grundlegung, S.223.

2) Lehnich aaO.

3) Vgl. Fikentscher, WuW 58, S.261.
Vgl. auch oben S. 8

4) Fikentscher, Wettbewerb ... S.228.
Vgl.dazu auch unten S. 89 ff.

Nachdem nun durch Kartellierung und Monopolisierung unser System des freien Wettbewerbs stark durchbrochen ist, kann die Rechtsordnung auch das sich selbst überlassene System der Vertragsfreiheit nicht mehr ausreichen lassen, um einen annähernd gerechten Ausgleich bei Austauschverträgen zu gewährleisten. Eine gegenüber § 826 BGB erweiterte Einschränkung der Vertragsfreiheit des Marktteilnehmers, dessen Marktmacht so groß ist, daß dem Vertragspartner die Ausweichmöglichkeit auf gleichwertige Alternativen fehlt oder erschwert ist, erscheint also notwendig. Dieses wurde schon lange vor Inkrafttreten des GWB erkannt, ohne daß nach geltendem Recht wirklich vertretbare Wege zur Lösung des Problems aufgezeigt werden konnten.

Zum Teil wollte man in den gesetzlich normierten Fällen des Kontrahierungszwangs für öffentliche Versorgungsunternehmen ein allgemeines, auch für private Monopolinhaber geltendes Prinzip sehen. ¹⁾

Callmann ²⁾ sieht unrichtig im Sperrverbot des § 9 der Kartellverordnung von 1923 als Folge der Ablehnung einer Sperrererlaubnis einen Kontrahierungszwang als gegeben an.

Bülck ³⁾ will aus dem Gedanken der Versorgungsaufgabe eine allgemeine Abschlußpflicht für jeden Rechtsteilnehmer nach Maßgabe der Versorgungspflicht statuieren.

1) Wimpfheimer, KR 1929, S.1 ff. und S.512 ff.; Herzog, KR 1932, S.521.

2) Kartellrecht, S.200 ff.; vgl. dazu auch Wunderlich, KR 1936, S.806 ff.

3) insbesondere S.48 ff.; vgl. dazu Kritik von Nolte in Das Recht 1941, S.2389.

Lehnich ¹⁾ sieht eine Lösungsmöglichkeit in der als bindend anzusehenden Offerte eines öffentlichen Angebots.

Raiser ²⁾ will durch die Anwendung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes gegenüber Unternehmen in marktbeherrschender Stellung bei Verweigerung der Belieferung einzelner Kunden oder bei Belieferung zu wesentlich ungünstigeren Bedingungen als bei anderen Kunden die Frage lösen.

Ob durch das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB die Probleme in richtiger und vertretbarer Weise gelöst sind, soll nunmehr untersucht werden. Zuvor sei klargestellt, an wen die Rechtsordnung mit Berechtigung ein Diskriminierungsverbot richten kann.

1) Grundlegung, S.292 ff.

2) ZHR Bd.111, S.75 ff., 86 ff., 92 f. und JZ 1958, S.1 und S.8, wo diese Gedanken auf § 26 Abs.2 GWB übertragen werden. Vgl. dazu unten S. 32.

2. K a p i t e l

Innerer Rechtsgrund für die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch ein Diskriminierungsverbot

Im letzten Abschnitt ist die Notwendigkeit eines Diskriminierungsverbots dargetan, wenn ein Vertragspartner nicht oder nur erschwert auf gleichwertige Alternativen ausweichen kann. Ist die Einschränkung der Vertragsfreiheit des Marktmächtigen gerechtfertigt wegen seiner Marktmacht?

I. Rechtsgrund: Pflichtstellung aus der Erteilung besonderer Erlaubnis?

Man könnte ein Diskriminierungsverbot mit folgender Begründung zu rechtfertigen versuchen: Unsere Rechtsordnung hat das Wirtschaftssystem des freien Wettbewerbs zur Voraussetzung. Daher sind Verträge, die auf gleichgeordneter Wirtschaftsstufe (horizontal) oder auf der nachgeordneten Wirtschaftsstufe (vertikal) eine Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen, verboten, §§ 1, 15 GWB. - Dabei beschränken sich - entgegen der im Schrifttum überwiegend vertretenen Ansicht ¹⁾ - die §§ 1 ff. GWB nicht auf horizontale und die §§ 15 ff. GWB nicht auf vertikale Bindungen, sondern die Vorschriften über Kartelle (§§ 1 ff. GWB) und die Vorschriften über "sonstige Verträge" (§§ 15 ff. GWB) haben, wie Fikentscher nachweist²⁾,

-
- 1) Langen, § 15 A, II, 2;
Mayer-Wegelin, vor § 15 und § 15 Anm. 1;
Rasch, vor § 15, glaubt, die §§ 15 ff. GWB betreffen "in erster Linie" vertikale Bindungen, während die §§ 1 ff. GWB sich auf horizontale Wettbewerbsbeschränkungen beziehen.
- 2) Fikentscher, in: Festschrift für Hueck, S. 543 ff.

sowohl horizontale als auch vertikale Bindungen zum Gegenstand. - Erlaubt nun die Rechtsordnung in besonderen Fällen Ausnahmen von dem Verbot horizontal oder vertikal wettbewerbsbeschränkender Verträge, so kann sie auch denen, denen sie diese Ausnahme gewährt, besondere Pflichten auferlegen, damit diese Unternehmen oder Gruppen von Unternehmen die ihnen gewährte Sonderstellung - oder auch verbotene Sonderstellung, wenn der Vertrag unerlaubt war - nicht mißbrauchen. Damit wäre ein Diskriminierungsverbot für Kartelle und preisbindende Unternehmen aus der Erlaubnis, vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Verträge abzuweichen, gerechtfertigt. Diese Begründung ist jedoch eine rein formale und kann ein Diskriminierungsverbot nicht rechtfertigen. Es muß daran festgehalten werden, daß man die Vertragsfreiheit Einzelner, auch wenn ihnen eine besondere Erlaubnis erteilt wurde, nicht einschränken darf, wenn die Vertragsfreiheit noch in Kraft ist und - sich selbst überlassen - einen annähernd gerechten Ausgleich der Güter zu gewährleisten geeignet ist. Es muß also als entscheidender Faktor hinzukommen, daß auf Grund der besonderen Erlaubnis eine Machtstellung erreicht wurde, die es ermöglicht, unter Außerachtlassung der Spielregeln der Wettbewerbswirtschaft die Marktbedingungen im wesentlichen selbst zu gestalten, eine Macht, die den Vertragspartner in ein Abhängigkeitsverhältnis bringt. Ob diese Machtstellung durch die Erlaubnis stets erreicht wird, wird bei der Stellungnahme zu der gesetzlichen Bestimmung zu untersuchen sein. Wird eine Machtstellung erreicht, so muß sich die Rechtfertigung für die Einschränkung der Vertragsfreiheit aus anderen Gründen als aus der Erlaubniserteilung ergeben, anderenfalls könnte ein Diskriminierungsverbot für alleinstehende marktbeherrschende Unternehmen, die ihre Machtstellung ohne besondere Erlaubnis erreicht haben, nicht gerechtfertigt

werden. Die Gefahr, daß gegen schutzwürdige Interessen der Allgemeinheit oder des Einzelnen verstoßen wird, ist bei jedem Marktmächtigen gegeben, der die Marktgegner in ein Abhängigkeitsverhältnis bringt, weil der Marktmächtige nicht der steuernden Funktion des Wettbewerbs unterliegt. Es muß daher aus dem gleichen Schutzbedürfnis eine für alle Marktmächtigen zutreffende Rechtfertigung für die Einschränkung ihrer Vertragsfreiheit gefunden werden.

II. Rechtsgrund: Besondere Pflichtstellung aus besonderer Machtstellung?

Ist aber der Gesetzgeber von der Voraussetzung ausgegangen, daß sich aus der besonderen Erlaubnis stets eine Machtstellung ergebe, die einen Schutz vor Mißbrauch erforderlich mache - eine Annahme, deren Richtigkeit noch im einzelnen zu untersuchen sein wird - , so könnte man ein Diskriminierungsverbot damit zu rechtfertigen versuchen, daß jedem, dem die Rechtsordnung die Erlangung einer besonderen Machtstellung ermöglicht hat , dafür als Äquivalent eine erhöhte Pflicht obliege, seine Machtstellung nicht zu überschreiten ¹⁾. Aus der Ermöglichung der Erlangung der Macht durch die Rechtsordnung ergebe sich das Recht, die Ausübung der Marktmacht durch die Rechtsordnung zu begrenzen ²⁾. Damit wäre auch der Marktmächtige erfaßt, der seine Marktmacht ohne besondere Erlaubnis erlangt hat. So glaubt auch Rasch ³⁾, das marktbeherrschende Unternehmen, das keinem wesentlichen Wettbewerb gegenüberstehe,

1) So OLG Düsseldorf in Betrieb 1958, S.1036.

2) So Wimpfheimer, KR 1929, S.1 ff.

3) Kommentar, § 22 Anm.1 und § 26 Anm.7.

habe selbst die Grenze überschritten, deren Inhaltung Voraussetzung für eine sinnvolle Handhabung rechtsstaatlicher Grundsätze ¹⁾ sei.

Bei dieser Rechtfertigung würde übersehen, daß die Rechtsordnung nicht die Erlangung von Marktmacht mißbilligt. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann seine Marktmacht unter Beachtung der Rechts- und Wirtschaftsordnung erlangt haben. Man kann dem Marktmächtigen wegen der Erlangung der Marktmacht auch keinen Vorwurf machen; denn die Entstehung von marktmächtigen Unternehmen entspringt zumeist rein wirtschaftlichen Überlegungen und erweist sich oft als Notwendigkeit. ²⁾ Auch das GWB will nicht das Wachsen eines einzelnen Unternehmens verhindern. Die Kartellbehörde kann gegen das Wachsen nicht eingreifen, vgl. § 23 GWB. Sie übt nur eine Mißbrauchsaufsicht darüber aus, daß durch die Marktmacht in seinen Auswirkungen nicht die Allgemeinheit, die Teilhabe des Einzelnen am wirtschaftlichen Geschehen und die Entfaltung seiner Persönlichkeitswerte in Frage gestellt werden, § 22 GWB ³⁾. Das Recht zur Mißbrauchsaufsicht ist aber kein Recht gegen die marktmächtige Stellung, sondern ein Recht gegen mißbräuchliches Verhalten ⁴⁾. Da also Marktmacht als tatsächlicher Zustand nicht mißbilligt wird, sondern nur die mißbräuchliche Ausnutzung, kann es bezüglich der Pflichtstellung aus der Machtstellung auch nicht darauf ankommen, ob die marktbeherrschenden

1) Gemeint ist die Vertragsfreiheit, der Verfasser.

2) Biedenkopf, S.114; Axter, S.53 ff.

3) So Bartholomeyczik in Gem.Komm. § 22 Anm. 75.

4) Bartholomeyczik a.a.O.

de Stellung von selbst gewachsen ist, oder ob die Stellung durch eine besondere Erlaubnis erlangt wurde ¹⁾. Eine besondere Pflichtstellung kann daher aus der besonderen Machtstellung nicht geschlossen werden.

Raiser ²⁾ will die besondere Pflichtstellung marktmächtiger Unternehmen aus der Pflicht zur Beachtung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes rechtfertigen. Die Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes im Privatrecht müsse zwar stets von vorneherein dort ausscheiden, wo die Vertragsfreiheit noch in Kraft sei und einen annähernd gerechten Ausgleich der Güter zu gewährleisten geeignet sei, rechtfertige sich aber, wenn die Vertragsfreiheit ihre Funktion nicht mehr erfüllen könne.

Es ist anerkannt, daß sich grundsätzlich der verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz nicht im Privatrecht anwenden läßt ³⁾ und auch im Wettbewerbsrecht nicht gilt ⁴⁾. Ein Diskriminierungsverbot im Privatrecht bedeutet zwar ein Gebot zur Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes, zur Gleichbehandlung gleicher Tatbestände. Eine Pflicht zur Gleichbehandlung kann aus dem Schutz von Interessen, die dem Recht des Einzelnen auf Vertragsfreiheit übergeordnet sind, im Privatrecht gerechtfertigt sein. Die Pflicht zur Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes ergibt sich dann aber aus dem Verbot der Verletzung höherwertiger

1) So auch: Amtl.Begr.zu § 17 des Reg.Entw.
abgedruckt in Gem.Komm. S.1092;
LG Köln WuW/E LG/AG 112(113).

2) Raiser, ZHR 111, S.90.

3) Vgl.z.B. Ipsen in Grundrechte Bd.2, S.144,
herausgegeben von Neumann, Nipperdey,
Scheuner

4) So Beschluß des B.Kart.A. vom 9.12.1959,
WuW/E B.Kart.A. 96.

ger Interessen und nicht aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz.

Auch Hueck lehnt eine unmittelbare Anwendung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes im Privatrecht ab ¹⁾. Hueck rechtfertigt die Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes im Privatrecht als Folge des Zusammenschlusses mehrerer Personen zu einer Gemeinschaft ²⁾, muß jedoch anerkennen, daß diese Konstruktion bei der Gleichbehandlung beim Kontrahierungszwang und Diskriminierungsverbot versagt, da aus der Tatsache, daß mehrere Interessenten Verträge mit demselben Partner abschließen wollen, eine Verbindung zu einer Gemeinschaft nicht entsteht ³⁾. Hueck glaubt, daß hier eine enge Verwandtschaft mit ähnlichen wirtschaftsrechtlichen Vorgängen öffentlich-rechtlicher Natur, z.B. dem Zulassungszwang für öffentliche Anstalten, vorliegt. Im öffentlich-rechtlichen Bereich folge die Gleichbehandlung der Betroffenen unmittelbar aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art.3 Abs.1 in Verbindung mit Art.1 Abs.3 des Grundgesetzes, während es sich bei den Gleichbehandlungsfällen auf privatrechtlicher Ebene nur um Fernwirkungen dieses Prinzips handele. Die Verbindlichkeit entstehe durch ausdrückliche Anordnung des Staates, die vom Allgemeininteresse bestimmt und durch den Zusammenhang mit der dem Staat gegenüber seinen Bürgern obliegenden öffentlich-rechtlichen Gleichbehandlungspflicht gekennzeichnet sei ⁴⁾.

Dieser Konstruktion kann nicht zugestimmt werden. Aus der Verwandtschaft zu Erscheinungen im öffentlich-rechtlichen Bereich allein kann sich für private Un-

1) Hueck, S.95 ff.; vgl. auch Besprechung von Krause in ZHR, Jg.1960, S.128 ff.

2) S.127 ff.

3) S.157 ff. (159 f.).

4) S.162 ff. (164 ff.), 170.

ternehmen noch keine Verpflichtung ergeben. Richtig ist, daß die staatlichen Maßnahmen durch das Interesse der Allgemeinheit und die Fürsorge des Staates für seine Staatsbürger bestimmt sind. Es ist aber nicht ersichtlich, mit welcher Begründung sich aus der Gleichbehandlungspflicht des Staates als Fernwirkung eine Gleichbehandlungspflicht für die privaten Unternehmen ergibt, denen der Staat zur Erfüllung staatlicher Aufgaben besondere Pflichten auferlegt. Wenn die Maßnahmen des Staates gegenüber privaten Unternehmen von Interessen der Allgemeinheit und der Fürsorge des Staates für die Staatsbürger getragen werden, so ergibt sich die Rechtfertigung für die Verpflichtung der privaten Unternehmen aus dem Schutz von Interessen, die seinem Recht auf Vertragsfreiheit übergeordnet sind und nicht aus der Fernwirkung der Gleichbehandlungspflicht des Staates, für die Hueck eine überzeugende Begründung nicht ausführen kann. Diese höherwertigen Interessen müssen aufgesucht werden, um ein Diskriminierungsverbot rechtfertigen zu können.

Auch der aus § 826 BGB abgeleitete Kontrahierungszwang verpflichtet denjenigen, der diesem Zwang unterliegt, zur Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes. Die Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes findet seine Rechtfertigung nicht aus der Tatsache, daß eine Monopolstellung bezüglich lebenswichtiger Güter vorhanden ist, sondern aus der Versorgungsaufgabe gegenüber der Allgemeinheit, die aus dem Grundsatz der guten Sitten abgeleitet werden kann.

Auch Hueck erkennt an, daß aus dem Grundsatz der guten Sitten die gleichmäßige Behandlung der Interessenten beim Kontrahierungszwang über § 826 BGB abgeleitet werden kann. ¹⁾

1) S.167 ff., 113 ff. (114 f.).

Gleichbehandlungsgebot und Verstoß gegen die guten Sitten seien jedoch hinsichtlich der Voraussetzungen und Folgen gesondert zu würdigen. Beim Gleichbehandlungsgebot liege das Schwergewicht auf dem kollektiven Element, auf einem Vergleich mit der rechtlichen Lage anderer in entsprechender Rechtsposition befindlicher Personen, beim Sittenverstoß liege das Schwergewicht auf dem individuellen Moment. Aber auch Hueck kommt - wenn auch mittelbar - zur effektiven Gleichbehandlung beim Sittenverstoß, da der Inhalt des abzuschließenden Vertrages nur durch einen Vergleich mit entsprechenden anderen Vertragsverhältnissen näher bestimmt werden kann. ¹⁾

Biedenkopf ²⁾ will für den Inhaber einer Monopolmacht durch kollektive Marktmacht die Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes gegenüber dem Vertragspartner aus der öffentlich-rechtlichen Befugnis zur Normsetzung rechtfertigen. Wenn Privaten das Recht zugestanden werde, den Prozeß des Interessenausgleiches durch eine Vereinbarung von Normen zu Gunsten ihrer wirtschaftlichen Interessen zu korrigieren, so sei damit die öffentlich-rechtliche Befugnis zur Normsetzung auf Private delegiert. Es müßten daher dieselben Maßstäbe gelten wie für ein Gesetz, also die Bindung an den Grundsatz der Gleichbehandlung.

Die Ansicht, der privatrechtliche Vertrag, der eine Wettbewerbsbeschränkung beinhalte, bedeute eine öffentlich-rechtliche Befugnis zur Normsetzung, vermag jedoch nicht zu überzeugen. Mit Recht betont

1) Hueck, S.168 f.

2) Biedenkopf, S.166 ff. (196 ff.).

Lukes ¹⁾, daß in der Zulassung bestimmter Kartelle durch das Gesetz eine Delegation rechtssetzender Gewalt auf die jeweiligen Kartelle nicht gesehen werden kann, da die Rechtssetzungsbefugnis verfassungsmäßig bestimmten Organen zugewiesen ist und nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung eine Delegation nur in äußerst beschränktem Umfange möglich ist. Auch gibt die Konstruktion Biedenkopfs keine Erklärung dafür, woraus sich die Pflicht zur Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes bei den Inhabern einer ohne besondere Vereinbarung erlangten effektiven marktmächtigen Stellung ergibt, wo die Gefahr der Verletzung schutzwürdiger Interessen der Allgemeinheit und des einzelnen Marktgegners gleich groß ist. Hier verschließt sich der Normbegriff völlig. ²⁾

Man kann die Rechtfertigung des Diskriminierungsverbots nur in dem Schutz vor der Verletzung schutzwürdiger Interessen finden. Fikentscher ³⁾ betont zu Recht, daß ebenso, wie die Persönlichkeit auf der einen Seite bezüglich erworbener oder sonst von der

1) Lukes, S.203 f.; Lukes erkennt zwar an, daß die Aufstellung von Regeln mit Außenwirkungen Elemente des Rechtsgeschäfts und der Rechtsnorm aufweist, es handelt sich nach Lukes jedoch nur um tatsächliche Normen (S.213 ff.).

Fikentscher, Wettbewerb ... S.94, ist ebenfalls der Ansicht, daß bei einer Wettbewerbsbeschränkung durch Maßnahmen, die auf einer privatrechtlichen Verpflichtung beruht, eine Setzung von Normen nicht vorliegt.

2) Fikentscher, a.a.O., S.94.

3) Wettbewerb ..., S.207 ff. (209,227).

Rechtsordnung zugeordneter Güter geschützt werde, die Persönlichkeit bezüglich ihrer Bewegungsfreiheit und ihrer Beteiligungsmöglichkeit am allgemeinen Austausch und Erwerb der Güter geschützt werden müsse, und zwar als subjektives Recht. Auch Raiser ¹⁾ sieht es als Aufgabe der Rechtsordnung an, nicht nur den vorhandenen Güterstand in Gestalt von Herrschaftsrechten aufzuteilen, sondern dem Einzelnen freien Raum für den Erwerb neuer Güter zu schaffen und zu sichern. Dieses kann nach der Ansicht von Raiser durch Errichtung einer Wirtschaftsordnung geschehen, nicht durch Schaffung von Freiheitsrechten. Da die Rechtsordnung nach der Ansicht von Raiser aber auch den Einzelnen als Glied der Wettbewerbsordnung schützt, erkennt Raiser an, daß sich für den Einzelnen auch Ansprüche ergeben können. Ergeben sich aber Ansprüche für den Einzelnen, so handelt es sich auch um subjektive Rechte.

Es ist also in der weiteren Untersuchung herauszufinden, ob der durch das Diskriminierungsverbot im Wettbewerbsrecht für bestimmte Unternehmen angeordnete Gleichheitsgrundsatz durch den notwendigen Schutz von Interessen der Allgemeinheit und/oder des Einzelnen, die dem Recht des Einzelnen auf Vertragsfreiheit höherwertig sind, getragen wird. Dabei liegt es nahe zu untersuchen, ob auch im Wettbewerbsrecht die Versorgungsaufgabe wie bei § 826 BGB das Diskriminierungsverbot rechtfertigen kann.

1) ZBJV, Bd.97, 1961, S.147 ff.

III. Rechtsgrund: Versorgungsaufgabe gegenüber der Allgemeinheit?

Anknüpfend an die Erörterungen über die gesetzlich normierten Fälle des Kontrahierungszwangs und den aus § 826 BGB abgeleiteten Kontrahierungszwang könnte man zur Begründung dafür, daß auch die Rechtfertigung für ein Diskriminierungsverbot sich aus der Versorgungsaufgabe gegenüber der Allgemeinheit ergebe, anführen: In einem Sozialstaat muß der gleiche Zugang aller Bürger nicht nur zu lebenswichtigen Gütern, sondern zu allen Wirtschaftsgütern gewährleistet sein, zumal "völlig entbehrliche Güter es nur theoretisch gibt, da im Wirtschaftsleben völlig sinn- und nutzlose Güter nicht hergestellt werden" ¹⁾.

Es wurde bereits an anderer Stelle festgestellt, daß Schutzzweck des GWB und auch des Diskriminierungsverbotes der Schutz des Wettbewerbs auf jeder Wirtschaftsstufe ist. Dabei erfolgt der Schutz des Wettbewerbs, weil der Gesetzgeber die Wettbewerbsordnung als das leistungsfähigste und dem allgemeinen Wohlstand am ehesten dienende Wirtschaftssystem ansieht ²⁾. Die Wirksamkeit des Wettbewerbs soll erhalten und gefördert werden wegen "der ihm innewohnenden Tendenz zur Leistungssteigerung und bestmöglichen Versorgung der Verbraucher" ³⁾. Die Versorgung der Allgemeinheit ist demnach ein Leitgedanke des Gesetzgebers.

Die Erkenntnis, wirksamer Wettbewerb gewährleiste eine gerechte Versorgung der Verbraucher, rechtfertigt

1) Meyer-Cording, S.42.

2) Vgl. Amtl. Begr. z. Reg. Entw., A Einl. I, abgedruckt in Gem. Komm. S.1057.

3) Biedenkopf, S.152 ff.

tigt aber nicht den Gegenschluß, bei jeder Beschränkung des Wettbewerbs werde auch die Versorgung der Verbraucher verschlechtert ¹⁾. So ist z.B. für die Erlaubnis zu einer Wettbewerbsbeschränkung durch ein Rationalisierungskartell nach § 5 GWB gerade Voraussetzung, daß durch diese Wettbewerbsbeschränkung die Befriedigung des Bedarfs der Verbraucher verbessert wird. Der Schutz des Wettbewerbs im Interesse der Gesamtwirtschaft ist somit nicht identisch mit dem Schutz der Versorgung der Allgemeinheit. Auch braucht eine Benachteiligung nur eines einzelnen oder einzelner Marktgegner, deren Schutz das Diskriminierungsverbot auch bezweckt, nicht eine Benachteiligung der Verbraucher zur Folge zu haben.

Das Diskriminierungsverbot könnte lediglich darin seinen Rechtsgrund haben, daß der dem Verbot Unterliegende nicht mehr der steuernden Funktion des Wettbewerbs unterliegt und demnach gezwungen werden soll, alle auf ihn angewiesenen Bewerber gleich zu behandeln. Das würde eine Versorgungsaufgabe gegenüber den sich bewerbenden Kunden bedeuten. Ob unter den ungleich Behandelten ein Wettbewerbsverhältnis besteht, wäre demnach unerheblich. In einer freien Wirtschaftsordnung kann jedoch nicht Rechtsgrund für ein Diskriminierungsverbot sein, daß einzelne Marktteilnehmer die wirtschaftliche Existenz anderer für das so von ihnen geführte Geschäft zu gewährleisten haben. Der Schutz des einzelnen Marktgegners und der Allgemeinheit vor einer Diskriminierung muß somit seinen Rechtsgrund nicht in der Versorgungsaufgabe der Allgemeinheit oder des Einzelnen schlechthin, sondern in dem Schutz vor der Verletzung allgemein schutzwürdiger Interessen finden. Diese Interessen sind wegen der Zielsetzung des Gesetzes nach wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zu suchen.

1) Vgl. Fikentscher, Wettbewerb ... S.45.

IV. Rechtsgrund: Wahrung der Chancengleich- heit der Wettbewerber?

Soweit das Diskriminierungsverbot den Schutz der Marktgegenseite bezweckt, ist das Ziel der Bestimmung der Schutz des Wettbewerbs auf der Wirtschaftsstufe der Marktgegenseite sowie die individuelle Wettbewerbs- und Entschliessungsfreiheit der einzelnen Wettbewerber der Marktgegenseite ¹⁾. Die Wettbewerbsfähigkeit der nachgeordneten Wirtschaftsstufe allgemein und der einzelnen Wettbewerber auf der Marktgegenseite soll geschützt werden. An der Erhaltung einer wettbewerbsfähigen Wirtschaftsstufe hat die Allgemeinheit ein schutzwürdiges Interesse, da nur bei echtem Wettbewerb der Wettbewerb seine ihm zugedachte Funktion zur Leistungssteigerung und bestmöglichen Versorgung der Verbraucher erfüllen kann. Voraussetzung für einen echten Wettbewerb im Leistungskampf um den Kunden sind gleiche Startbedingungen der Wettbewerber, die "par conditio concurrentium". Bei einem entscheidenden Wettbewerbsvorsprung eines bevorzugten Mitbewerbers kommt die freie Entfaltung des benachteiligten Wettbewerbers zum Stillstand ²⁾. Daher muß das Recht den Wettbewerb so erhalten, daß die par conditio concurrentium nach Möglichkeit gewährleistet ist ³⁾. Es kann Geutz ⁴⁾ zugestimmt werden, daß die innere Rechtfertigung für das Diskriminierungsverbot sich aus dem Gleichheitsgrundsatz ergibt, dessen Anwendung seine Rechtfertigung aus dem Gedanken findet, daß jeder Teilhaber am Wettbewerb die

1) Vgl. oben S.7 f.

2) Fikentscher, Wettbewerb ... S.306.

3) Fikentscher aaO., S.307.

4) WuW 61, S.600 ff.

gleichen Möglichkeiten für seine wirtschaftliche Betätigung haben soll, und daß der Inhaber von Marktmacht seine Interessen nicht willkürlich zum Schaden schwächerer Unternehmen und des Wettbewerbs verfolgen darf. Nach den obigen Ausführungen ¹⁾ ergibt sich die Pflicht des marktmächtigen Unternehmens jedoch nicht, wie Geutz glaubt, als Ausgleich für die ihm vom Gesetz eingeräumte Sonderstellung.

Müßte allgemein im Privatrecht die Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes dort ausscheiden, wo die Vertragsfreiheit noch in Kraft ist, so muß auch im Wettbewerbsrecht die Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes, ein Diskriminierungsverbot zum Schutze der Marktgegenseite, dort ausscheiden, wo der Vertragspartner durch Ausweichen auf gleichwertige Alternativen der ungleichen Behandlung ausweichen und gleiche Wettbewerbschancen erreichen kann ²⁾; denn nur wenn diese Ausweichmöglichkeit fehlt, ist die Gefahr einer Verletzung schutzwürdiger Interessen gegeben ³⁾.

Das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung einer wettbewerbsfähigen Wirtschaftsstufe, eines echten Leistungskampfes um den Kunden bei gleichen Chancen der Wettbewerber, ist dem Recht des Einzelnen auf freie Bestimmung seiner vertraglichen Bezie-

1) S.28 ff. u.S.36 f.

2) Béschl.d.B.Kart.A. v.9.12.1959, WuW/E B.Kart.A. 96.

3) Es ist daher kein "Unsinn", wie Summerer in Betrieb 1958, S.476 ff. glaubt, die Anwendung des Diskriminierungsverbots auf bestimmte Unternehmen zu beschränken. Auch nach der Ansicht von Geutz, a.a.O., S.597, ist das marktbeherrschende Unternehmen deshalb diskriminierungsfähig, weil es durch Diskriminierung den Wettbewerb auf der vor und/oder nachgeordneten Wirtschaftsstufe verringern kann.

hungen übergeordnet und rechtfertigt daher das Gebot zur Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes, ein Diskriminierungsverbot. Es fragt sich, ob demnach als Voraussetzung des Diskriminierungsverbots stets festzustellen ist, daß durch die Diskriminierung Interessen der Allgemeinheit verletzt wurden, wie bei § 826 BGB. Feststellbar werden Interessen der Allgemeinheit nur verletzt, wenn die Diskriminierung eine sich allgemein auswirkende Wettbewerbsbeschränkung innerhalb des Marktes zur Folge hat. Bei einer Diskriminierung, die nur wenige oder nur einen einzelnen Marktgegner trifft, ist eine Verletzung von Interessen der Allgemeinheit meist nicht feststellbar und oft auch nicht vorhanden, wenn die Versorgungsmöglichkeit und auch die Kaufbedingungen der Verbraucher in keiner Weise verschlechtert werden. Eine Verletzung von Interessen der Allgemeinheit ist auch nicht als Voraussetzung für eine verbotene Diskriminierung zu fordern, sondern es genügt grundsätzlich die Benachteiligung auch nur eines einzelnen Wettbewerbers auf der Marktgegenseite hinsichtlich der Wettbewerbschancen. Wenngleich der Schutz des Einzelnen nicht allein um seiner selbst willen, sondern auch wegen des Interesses der Allgemeinheit an der Chancengleichheit aller Wettbewerber erfolgt, so ist doch in der Praxis, wenn aus der verbotenen Diskriminierung Rechte hergeleitet werden sollen, auf die Verletzung von schutzwürdigen Interessen des einzelnen Diskriminierten abzustellen. Denn eine Verletzung dieser Interessen ist Voraussetzung für einen Anspruch des Einzelnen ¹⁾. Für die hier zu untersuchende Frage, ob und inwieweit sich aus dem Diskriminierungsverbot ein Kontrahierungszwang ergibt, kommt es demnach auf den Individualschutzzweck des Diskriminierungsverbots an. Die Notwen-

1) Vgl. Fikentscher, Wettbewerb S.238.

digkeit dieses Individualschutzes wurde bereits oben ¹⁾ dargelegt. Es wurde festgestellt, daß ein Diskriminierungsverbot insbesondere auch zum Schutz des einzelnen Marktgegners erforderlich ist, wenn sein Vertragspartner nicht der steuernden Funktion des Wettbewerbs unterliegt und keine Ausweichmöglichkeit auf gleichwertige Alternativen besteht. Besteht ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis, so ist der Abhängige schutzbedürftig vor einer ungerechtfertigten Ausübung der wirtschaftlichen Macht seines Vertragspartners bzw. erstrebten Vertragspartners. § 826 BGB konnte den Abhängigen nur vor einer gewollten Existenzvernichtung oder übermäßigen wirtschaftlichen Schädigung schützen. Eine Erweiterung des Schutzes vor einer ungerechtfertigten Wettbewerbsbeschränkung war notwendig. Diesen erweiterten Schutz des Einzelnen vor einem wettbewerbswidrigen Verhalten durch Wettbewerbsbeschränkung der Kunden wollte der Gesetzgeber durch das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB gewähren. Dies ist daraus zu entnehmen, daß der Schutz vor wettbewerbswidrigem Verhalten gegenüber dem Recht des unlauteren Wettbewerbs, das nur die Mitbewerber schützt, durch § 26 Abs.2 GWB auf die Marktgegenseite ausgedehnt wurde.

Es zeigt sich in dem Schutzzweck des Diskriminierungsverbots zum Schutze der Marktgegenseite eine deutliche Parallele zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Das Diskriminierungsverbot des GWB schützt neben den Interessen der Allgemeinheit an einer Chancengleichheit der Wettbewerber den einzelnen Wettbewerber vor einem wettbewerbswidrigen Verhalten. Das UWG schützt neben den Interessen der Allgemeinheit an einem lauteren Wettbewerb den

1) Vgl. oben S.26 u.S.36 f.

einzelnen Mitbewerber vor einem unlauteren Handeln. Soweit ein Schutz der Mitbewerber in Frage kommt, bedeutet § 26 Abs.2 GWB eine Erweiterung zum UWG ¹⁾. Der notwendige Schutz des Marktgegners wird nunmehr auch durch § 26 Abs.2 GWB gewährt. Ein Schutzbedürfnis besteht hier jedoch nur, soweit der Marktgegner die Folgen der Diskriminierung nicht durch Ausweichen auf gleichwertige Alternativen ausgleichen kann.

Bei der Auslegung des Diskriminierungsverbotes des § 26 Abs.2 GWB ist somit von folgender Erkenntnis auszugehen: Ein Diskriminierungsverbot zum Schutze der Marktgegenseite ist gerechtfertigt und notwendig für denjenigen, dessen Marktgegner die Folgen einer Diskriminierung nicht durch Ausweichen auf gleichwertige Alternativen ausgleichen kann. Schutzwürdig ist das Interesse der Allgemeinheit an einem wettbewerbsgemäßen Verhalten zur Sicherung der Chancengleichheit der Wettbewerber, schutzwürdig ist auch das Interesse des einzelnen Marktgegners an dem Verbot einer Wettbewerbsbeschränkung oder Wettbewerbsbenachteiligung. Eine scharfe Grenze zwischen einer sich allgemein oder nur auf einzelne auswirkenden Wettbewerbsbeschränkung läßt sich nicht ziehen. Für einen zivilrechtlichen Anspruch ist stets auf die Verletzung schutzwürdiger Interessen des Einzelnen abzustellen. Dabei kann der Grad der Auswirkung der Diskriminierung für die Frage, ob die Diskriminierung unbillig oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgte, durchaus von Bedeutung sein ²⁾. Für die Beurteilung, ob eine unerlaubte Wettbewerbsbeschränkung einzelner oder eines einzelnen Marktgegners vorliegt, ist abzu-

1) Vgl. Fikentscher, WuW 58, S.261;
vgl. auch oben S.8.

2) Vgl. dazu im einzelnen unten S.

stellen auf den Markt der Wettbewerber, die als Anbieter in dem Umkreis, in dem die Güter der gewünschten Art bezogen werden, in Frage kommen; denn § 26 Abs.2 GWB will insoweit die Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsfähigkeit des Einzelnen schützen. Einen Vergleichsmaßstab für die ungleiche Behandlung kann somit nur der Kreis seiner Mitbewerber bieten oder auch der Kreis der möglichen Konkurrenten, die etwa bei einem Ausscheiden des Betroffenen als Anbieter des Gutes, mit dem diskriminiert wird, als Bewerber um dessen Kunden mit dem betroffenen Gut und damit gleichzeitig mit anderen auch vom Diskriminierten geführten Gütern in Frage kommen; denn wenn Kunden bei dem Diskriminierten das gewünschte Gut nicht erhalten können, werden sie oft auch andere Güter von dem Diskriminierten nicht mehr beziehen. Werden alle Wettbewerber in dem Umkreis, in dem nur sie als Anbieter auftreten können, bevorzugt, so können andere Anbieter desselben Gutes auf einem anderen Teilmarkt die Bevorzugten nicht zur Vergleichsgrundlage nehmen. Dieser Tatbestand kann jedoch im Hinblick auf einen Anspruch des Mitbewerbers des Diskriminierenden von Bedeutung sein, wenn dadurch die bevorzugten Kunden zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen zu Mitbewerbern des Diskriminierenden, etwa eines Aussenseiters, bewogen werden sollen, oder auch unter § 22 GWB gewürdigt werden.

3. K a p i t e l

Der Kreis der dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB unterliegenden Unternehmen

- Auslegung der Bestimmung nach dem Rechtsgrund -
Kritik zur gesetzlichen Lösung

Das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB unterstellt, wie im letzten Kapitel gezeigt wurde, zu Recht nicht alle Unternehmen dem Verbot, sondern nur die, bei denen eine Markt- oder Verbandsmacht vorhanden oder - bei preisbindenden Unternehmen - vermutet wird. Es sollen die Bereiche der Wirtschaft, in denen die Wettbewerbsordnung die Freiheit des Wettbewerbs und damit auch die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Marktbeteiligten gewährleisten¹⁾.

Das Diskriminierungsverbot knüpft - auch bezüglich preisbindender Unternehmen²⁾ - an die Machtstellung an³⁾ und unterstellt nur Kartelle, marktherrschende Unternehmen und preisbindende Unternehmen dem Verbot. Nach dem im letzten Abschnitt gefundenen Ergebnis müßte, um das Diskriminierungsverbot als notwendig und gerechtfertigt erscheinen zu lassen, die Machtstellung der dem Verbot unterliegenden Unternehmen so groß sein, daß der Diskriminierte die Folgen der Diskriminierung nicht durch Ausweichen auf gleichwertige Alternativen ausgleichen kann, um sich gegenüber dem Bevorzugten

1) Vgl. B.Kart.A., Beschl. v.9.12.59, WuW/E B.Kart.A. 96.

2) Vgl. Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages, abgedruckt in Gem.Komm. S.1193. Vgl. dazu im einzelnen weiter unten die Erörterungen über preisbindende Unternehmen.

3) Vgl. amtl. Begr. zu § 25 des Reg.Entw., abgedr. in Gem. Komm. S.1099.

gleiche Wettbewerbschancen zu verschaffen. Die gesetzliche Bestimmung soll nunmehr daraufhin untersucht werden.

I. Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen

Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens ist in § 22 GWB definiert:

(Absatz 1) "Soweit ein Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, ist es marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes.

(Absatz 2) Als marktbeherrschend gelten auch zwei oder mehrere Unternehmen, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen allgemein oder auf bestimmten Märkten aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen."

Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens umfaßt eine marktmächtige Stellung, die im letzten Kapitel als Voraussetzung für ein Diskriminierungsverbot herausgestellt wurde. Das marktbeherrschende Unternehmen steht keinem oder keinem wesentlichen Wettbewerb gegenüber. Ihn zwingen daher auch nicht die allgemeinen Spielregeln des Wettbewerbs zu einem bestimmten Marktverhalten. Der Diskriminierte kann die Folgen der Diskriminierung nicht durch Absteigen vom Verträge und Ausweichen auf andere Anbieter ausgleichen. Das marktbeherrschende Unternehmen hat also die Macht, durch Diskriminierung eine Wettbewerbsbeschränkung auf der nachgeordneten Wirtschaftsstufe unter Verletzung der Interessen der Allgemeinheit und des einzelnen Diskriminierten an einer Chancen-

gleichheit der Wettbewerber herbeizuführen. Ein Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen ist daher notwendig und gerechtfertigt, § 26 Abs.2 GWB.

II. Diskriminierungsverbot für generell oder kraft Einzelerlaubnis zugelassene oder verbotene Kartelle

Die Macht, den Marktpartner mit dem Erfolg eines unausgleichbaren Wettbewerbsnachteils zu diskriminieren, ist bei Kartellen - es kann dabei für die Anwendung des Diskriminierungsverbots keinen Unterschied machen, ob es sich um ein erlaubtes oder verbotenes Kartell handelt ¹⁾ - nicht in jedem Falle gegeben. Die Entscheidung der Frage, ob diese Machtstellung vorliegt, hängt ab von der Entscheidung der Frage, wann man eine vertragliche Vereinbarung zwischen Unternehmen als Kartellvertrag ansieht.

Nach Hefermehl ²⁾ liegt auch dann ein Kartell gem. § 1 GWB vor, wenn im Einzelfall die Wahlfreiheit der Kunden nicht beeinträchtigt ist, weil genügend gleichwertige Alternativen offenstehen. Die Wirksamkeit eines Vertrages könne nicht von der jeweiligen Marktlage abhängen.

Folgt man dieser Auffassung vom Kartelltatbestand, so scheint ein generelles Diskriminierungsverbot für Kartelle weder notwendig noch gerechtfertigt. Hat der

1) So auch: Amtl.Begr. zu § 23 des Reg.Entw., Ziff. 5 a, abgedruckt in Gem. Komm.; S.1098.

2) Baumbach-Hefermehl, GWB § 1 Anm.51 ff; Hefermehl bringt als Beispiel, daß unter hundert Konkurrenten nur zwei ihre Preise für ein bestimmtes Erzeugnis festlegen.

Diskriminierte genügend Ausweichmöglichkeiten auf gleichwertige Alternativen, so scheitert ein Anspruch des Diskriminierten am Nichtvorliegen eines Schadens oder an dem eigenen Verschulden bei der Abwendung des Schadens gemäß § 254 Abs.2 BGB oder daran, daß die Diskriminierung nicht unbillig oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgte. ¹⁾ Hefermehl stellt an anderer Stelle ²⁾ selbst fest, daß von dem Grundsatz, daß ein Unternehmen in der Wahl seiner Geschäftspartner sowie in der Bestimmung des Preises und aller sonstigen Bedingungen frei ist - der Gegner könne ja vom Vertragsschluß absehen und sich gegebenenfalls an andere Anbieter wenden - nur abgewichen werden könne, wenn eine der Parteien eine Marktmacht besitze, welche die normalen Reaktionen des Marktgegners beeinträchtige. Ein Kartell, durch das die Wahlfreiheit der Kunden nicht beeinträchtigt wird, kann also nicht verboten diskriminieren. ³⁾

Müller-Henneberg ⁴⁾ sieht ein Kartell im Sinne des § 1 GWB nur dann als gegeben an, wenn die dem Partner auf der Marktgegensseite verbleibende Ausweichmöglichkeit so verschlechtert wird, daß für den Marktpartner materielle Nachteile oder unzumutbare Unbequemlichkeiten entstehen.

1) Vgl. dazu im einzelnen die Untersuchungen des Diskriminierungsverbots für preisbindende Unternehmen.

2) aaO. § 26 GWB Anm.45.

3) Vgl. auch hierzu die ähnlichen Gesichtspunkte bei der Untersuchung des Diskriminierungsverbots für preisbindende Unternehmen.

4) in Gem. Komm. § 1 Anm. 45.

Auch Lukes ¹⁾ sieht wegen der erforderlichen Drittwirkung des Kartellvertrages die Voraussetzungen des § 1 GWB nicht als gegeben an, wenn die Möglichkeit zum Abschluß von Einzelrechtsgeschäften mit anderen Bedingungen besteht, weil Rechtsgeschäfte über vollwertige Ersatzgüter möglich sind, oder wenn in dem Umkreis, aus dem üblicherweise Güter der gewünschten Art bezogen werden, andere am Kartell unbeteiligte und davon unabhängige Partner vorhanden sind.

Auch der BGH ²⁾ hält eine tatsächliche Feststellung der - wenn auch nicht notwendig wesentlichen - Marktbeeinflussung im Rahmen des Empfehlungsverbots des § 38 Abs.2 GWB für erforderlich. Diese Auslegung im Rahmen des § 38 Abs.2 GWB gilt auch für § 1 GWB, da die Auslegung "im Rahmen des Umgehungsverbots keine andere sein kann als die im Rahmen der umgangenen Vorschrift" ³⁾. Dabei kann der Markteinfluß daran festgestellt werden, ob eine Möglichkeit für den Händler besteht, ohne Schwierigkeit auszuweichen ⁴⁾.

Es wird auch hier von dem Erfordernis der im Einzelfall tatsächlichen Feststellung der Marktbeeinflussung ausgegangen. Auch wenn man für § 1 GWB eine tatsächliche Feststellung der Verschlechterung der Ausweichmöglichkeiten der Abnehmer nicht für erforderlich hält, so ist für § 26 Abs.2 GWB diese Feststellung erforderlich.

1) S.300.

2) BGH, Beschluß vom 14.1.1960, WuW/E BGH 369(372); vgl. auch Fikentscher, Anm. z.Urt.d.BGH v.26.10.1959, WuW/E BGH 565 (568).

3) Benisch, Anm.z.Beschl.d.BGH, aaO. WuW/E BGH 373.

4) wie Fußnote 2).

Daß auch der Gesetzgeber beim Diskriminierungsverbot davon ausgegangen ist, daß durch ein Kartell die Wahlfreiheit der Kunden beeinträchtigt ist, ergibt sich aus der amtlichen Begründung zu § 25 des Regierungsentwurfes ¹⁾: "Der Monopolcharakter eines Kartells steht fest. Deshalb kann § 23 Abs.1 ²⁾ für das Kartell schlechthin Maßnahmen des äusseren Organisationszwangs verbieten."

Ein Diskriminierungsverbot für Kartelle ist somit notwendig und gerechtfertigt, soweit man als Voraussetzung des Kartells im Sinne des § 1 GWB die Verschlechterung der Ausweichmöglichkeiten des Marktpartners ansieht. Hält man die Voraussetzung des § 1 GWB auch dann für gegeben, wenn die Wahlfreiheit der Kunden nicht beeinträchtigt wird, so ist im Wege der Auslegung das Diskriminierungsverbot auf die Kartelle mit derartigem Markteinfluß zu beschränken.

III. Diskriminierungsverbot für preisbindende Unternehmen

Der Gesetzgeber hat den Kartellen und marktbeherrschenden Unternehmen alle Unternehmen gleichgestellt, die vertikal eine Preisbindung ihrer Abnehmer mit gesetzlicher Erlaubnis vornehmen konnten und vorgenommen haben. Es sind dies Markenartikelhersteller und/oder Markenartikelhändler, Verlagsunternehmen, Erzeugerbetriebe oder Vereinigungen von Erzeugerbetrieben für Saatgut und Versorgungsunternehmen mit Gas-, Wasser oder Elektrizität. Ob die Gleichstellung dieser Unternehmen mit den Kartellen und marktbeherrschenden Unternehmen gerechtfertigt ist, soll hier untersucht werden.

1) Abgedruckt in Gem. Komm. S.1099.

2) Dem § 23 Abs.1 des Regierungsentwurfs entspricht insoweit § 26 Abs.2 GWB.

1. Rechtfertigung aus dem Preisbindungsvertrag

Ein Gesichtspunkt für die generelle Ausdehnung des Diskriminierungsverbots auf alle preisbindenden Unternehmen könnte auch hier die Wahrung der par conditio concurrentium sein, nicht, wie oben ¹⁾ verstanden, zur Erhaltung des echten Leistungswettbewerks im Kampf um den Kunden, da die gebundenen Abnehmer bezüglich des Preises nicht mehr im Leistungswettbewerb stehen sollen, sondern um die Interessen des Gebundenen an einer konformen Wettbewerbslage zu schützen.

Inhalt des Preisbindungsvertrages ist die lückenlose und gleichmäßige Bindung aller Kunden, da dem Händler eine Einhaltung des Festpreises nur zugemutet werden kann, wenn auch seinen Mitbewerbern die gleiche Bindung auferlegt worden ist. Durch die Preisbindung entsteht also eine wettbewerbskonforme Lage der Verkäufer des gebundenen Artikels ²⁾. Ebenso wie eine ungleiche Bindung der Verkäufer gegen den Preisbindungsvertrag verstößt, kann auch eine ungleiche Behandlung in bezug auf Preis und Bedingungen gegen den Preisbindungsvertrag verstoßen. Denn dem gebundenen Abnehmer ist die Einhaltung der Bindung nicht zumutbar, wenn seine in gleicher Weise gebundenen Mitbewerber zu günstigeren Bedingungen beliefert werden, da die konforme Wettbewerbslage nicht mehr besteht. Der ungünstig Behandelte kann wegen seiner Bindung den Nachteil nicht aufholen. Das Diskriminierungsverbot wäre aus diesem Gesichtspunkt nur in dem Umfange auf preisbindende Unternehmen anzuwenden, in dem das Preisbindungssystem Beschränkungen

1) Vgl. oben S. 40 ff.

2) Vgl. Baumbach-Hefermehl, UWG § 1 Anm.280, Anm.293 u. Anm. 323.

des Wettbewerbs vorsieht, also nur in bezug auf den gebundenen Abnehmer der betreffenden Wirtschaftsstufe, nicht z.B. gegenüber Großhändlern, wenn lediglich der Endverkaufspreis gebunden wurde. ¹⁾

Unter diesem Gesichtspunkt und mit dieser Beschränkung erscheint auch ein Diskriminierungsverbot generell für alle preisbindenden Unternehmen gerechtfertigt. Man wird es in der Regel auch als Verstoß gegen den Preisbindungsvertrag ansehen können, wenn zwar die Preisbindung lückenlos und gleichmäßig erfolgt, ein Gebundener jedoch zu ungünstigerem Preis oder ungünstigeren Bedingungen beliefert wird und gegenüber den in gleicher Weise gebundenen Mitbewerbern einen Nachteil erleidet. Da in diesen Fällen dem Gebundenen ein Festhalten an der Bindung nicht zugemutet werden kann, werden in der Regel dem Benachteiligten auch vertragliche Ansprüche zur Seite stehen. Auch kann ein solches Verhalten gegen § 1 UWG verstoßen ²⁾. Aus § 26 Abs.2 GWB in Verbindung mit § 16 GWB kann also begründet werden, daß der Preisbinder die vertraglichen Abnehmer seiner Markenware bezüglich des Preises und der Bedingungen nicht unterschiedlich behandeln darf. ³⁾ Dieser Gesichtspunkt, das Diskriminierungsverbot für preisbindende Unternehmen zu rechtfertigen, ist jedoch für die Frage, ob für preisbindende Unternehmen aus dem Diskriminierungsverbot ein Kontrahierungszwang folgt, von geringerer Bedeutung. Eine gänzliche Ablehnung oder ein Abbruch des Geschäftsverkehrs kann aus die-

-
- 1) So Benisch in Gem.Komm., § 26 Anm.35 und Baumbach-Hefermehl, GWB, § 26 Anm.33;
a.M. Ergebnis der Arbeitstagung der Kartellreferenten vom 21./22.Juni 1960 WuW KRT 44.
 - 2) Baumbach-Hefermehl, GWB § 26 Anm.33.
 - 3) Vgl. Fikentscher, Die vertikale Preisempfehlung, S.31, bzgl. des Erfordernisses der Lückenlosigkeit der Preisbindung.

sem Gesichtspunkt nicht gewürdigt werden, da das Recht des Bindenden, sich seine Vertragspartner frei auszusuchen, durch den Preisbindungsvertrag nicht berührt wird. Daher nützt dem ungleich behandelten gebundenen Abnehmer im Hinblick auf die hier zu untersuchende Frage des Kontrahierungszwangs der Schutz des Diskriminierungsverbots unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen den Preisbindungsvertrag wenig, da der Bindende die Lieferung gänzlich ablehnen oder abbrechen kann, soweit er nicht vertraglich gebunden ist, ohne gegen den Preisbindungsvertrag zu verstoßen.

2. Bedeutung des § 26 Abs.2 GWB für § 17 Abs.1 Ziff.2 GWB.

Verstöße dieser Art können aber eine mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung im Sinne von § 17 Abs.1 Ziff.2 GWB bedeuten und zu einer Aufhebung der Preisbindung durch das Bundeskartellamt führen. Es zeigt sich hier, daß das Diskriminierungsverbot für preisbindende Unternehmen im Rahmen des § 17 GWB Bedeutung gewinnen kann. Jedoch bedeutet nicht jede Diskriminierung auch gleichzeitig eine mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung im Sinne von § 17 Abs.1 Ziff.2 GWB. So wird man eine verbotene Diskriminierung durch Nichtbelieferung im Sinne des § 26 Abs.2 GWB nur dann auch als eine mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung im Sinne des § 17 Abs.1 Ziff.2 GWB ansehen können, wenn es sich nicht um eine einmalige, sondern beharrliche unerlaubte Diskriminierung handelt. Ist im Rahmen des § 17 Abs.1 Ziff.2 GWB oder auch des § 26 Abs.2 GWB festzustellen, ob eine Diskriminierung durch preisbindende Unternehmen, etwa der Ausschluß einer Abnehmergruppe von der Belieferung, unerlaubt oder erlaubt ist, so ist zu berück-

sichtigen, daß das Interesse des Diskriminierenden an der Preisbindung allein eine Diskriminierung nicht rechtfertigen kann. Schließt zum Beispiel ein preisbindendes Unternehmen eine Abnehmergruppe nur deshalb von der Belieferung aus, um die Preisbindung aufrecht erhalten und durchführen zu können, ohne daß andere eigene kaufmännische Interessen als das Interesse an der Preisbindung selbst für eine Diskriminierung geltend gemacht werden können, etwa weil eine Großhändlergruppe A die Preisbindungsreverse nur unter der Bedingung unterschreibt, daß die Großhändlergruppe B nicht beliefert wird, so bedeutet dies sowohl eine verbotene Diskriminierung im Sinne des § 26 Abs.2 GWB als auch eine mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung im Sinne des § 17 Abs.1 Ziff.2 GWB; denn die Preisbindung ist eine besondere Vergünstigung, die u.a. grundsätzlich dann mißbräuchlich gehandhabt wird, wenn sie nur durch eine gemäß § 26 Abs.2 GWB grundsätzlich unerlaubte unterschiedliche Behandlung gleichartiger Abnehmer durchgeführt werden kann. Ist einem preisbindenden Unternehmen aus außerhalb ihres eigenen Interesses liegenden Tatsachen bekannt, daß die Preisbindung nur durch eine Differenzierung gleichartiger Abnehmer durchgeführt werden kann, so kann das Interesse an der Preisbindung selbst eine Diskriminierung im Sinne des § 26 Abs.2 GWB nicht rechtfertigen, da ja gerade gemäß § 26 Abs.2 GWB eine Preisbindung nicht zu einer unterschiedlichen Behandlung gleichartiger Abnehmer führen soll ¹⁾. Widerspricht aber die Handhabung einer

1) a.M. Frankfurter Kommentar, § 16 Anm.85, wenn ein preisbindendes Unternehmen Gesellschaften, die umsatzbezogene Ausschüttungen in einem Ausmaße gewähren, die dem freien Handel in Gestalt von Umsatzrückvergütungen nicht gestattet werden können, nicht mehr beliefert, um keine Verärgerung des freien Handels herbeizuführen und den Absatz über den freien Händler nicht zu beeinträchtigen.

Preisbindung dauernd dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB, so ist sie auch als mißbräuchlich im Sinne des § 17 Abs.1 Ziff.2 GWB anzusehen, da der Vorzug der Preisbindung nicht gewährt werden kann, wenn die Preisbindung nur unter Differenzierung gleichartiger Abnehmer durchgeführt werden kann.

3. Rechtfertigung aus der marktmächtigen Stellung der preisbindenden Unternehmen?

Von größerer Bedeutung für den hier zu untersuchenden Kontrahierungszwang für preisbindende Unternehmen ist jedoch die Frage, ob ein preisbindendes Unternehmen durch die Preisbindung in dem gleichen Umfange wie Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen in seiner Vertragsfreiheit beschränkt ist, also durch die Preisbindung sein bisheriges Recht verliert, seine Kunden nach eigenem Gutdünken auszuwählen und zu behandeln. ¹⁾

Der Gesetzgeber hat preisbindende Unternehmen in erster Linie nicht aus den bislang erwähnten Gesichtspunkten - Bedeutung des Diskriminierungsverbots im Hinblick auf den Preisbindungsvertrag und auf eine mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung gemäß § 17 GWB - dem Diskriminierungsverbot unterstellt und Kartellen und marktbeherrschenden Unternehmen gleichgestellt. Die Gleichstellung beruht vielmehr auf der vermuteten marktmächtigen Stellung der preisbindenden Unternehmen ²⁾. Dies ist zu entnehmen aus der Feststellung im Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik ³⁾: "Das

1) Diese Frage allein wird auch behandelt von Ewald, WRP 1957, S.252, und Schwarz, MA, 1958, S.51 f.

2) Arnold in WuW 1960, S.618 ff. (S.620).

3) Abgedruckt in Gem. Komm. S.1193.

Diskriminierungsverbot für Preisbinder resultiert aus der Tatsache, daß durch die Ausschaltung des Wettbewerbs der nachfolgenden Stufen die preisbindenden Unternehmen in eine den marktbeherrschenden Unternehmen ähnliche Marktlage versetzt werden."

Da diese Machtstellung beim preisbindenden Unternehmen vermutet wird, soll das Diskriminierungsverbot für preisbindende Unternehmen auch in gleichem Umfange Anwendung finden wie für marktbeherrschende Unternehmen und Kartelle, also auch für jede Diskriminierung, die in der Ablehnung oder dem Abbruch des Geschäftsverkehrs besteht. Jedoch ergibt sich aus der Anknüpfung des Diskriminierungsverbots an die Machtstellung auch, daß das Verbot nur für den Markt gelten kann, auf dem die - bei Preisbindern vermutete - Machtstellung besteht oder sich auswirkt. Das Tatbestandsmerkmal "Unternehmen, die Preise binden" ist also nur dann als erfüllt anzusehen, wenn gerade die Ware, mit der angeblich diskriminiert wird, preisgebunden ist ¹⁾.

Ob die Gleichstellung der preisbindenden Unternehmen mit marktbeherrschenden Unternehmen und Kartellen gerechtfertigt ist, und wie das Diskriminierungsverbot für preisbindende Unternehmen auszulegen ist, soll nunmehr untersucht werden. Es ist auch hier von der im letzten Kapitel gefundenen Formel auszugehen, daß für eine verbotene Diskriminierung die Marktstel-

1) So das Ergebnis der Arbeitstagung der Kartellreferenten vom 21./22.Juni 1960 WuW/E KRT 44; vgl. auch Amtl.Begr. zu § 25 des Reg.Entw. abgedruckt in Gem.Komm. S.1099: "Ein Verbot diskriminierender Maßnahmen erscheint erst angebracht, wenn und soweit das Einzelunternehmen in bezug auf die betreffende Ware oder gewerbliche Leistung marktbeherrschend ist."

lung des Diskriminierenden so groß sein muß, daß der Diskriminierte die Folgen der Diskriminierung nicht durch Ausweichen auf gleichwertige Alternativen ausgleichen kann, um sich gegenüber den Bevorzugten die gleichen Wettbewerbschancen zu verschaffen. Diese Machtstellung ist, wie oben festgestellt wurde, bei marktbeherrschenden Unternehmen vorhanden. Ob die Marktstellung der preisbindenden Unternehmen diesen ähnlich ist, bedarf einer genaueren Untersuchung. Die folgende Untersuchung gilt zunächst den preisbindenden Herstellern ¹⁾ von Markenartikeln. Die Erörterungen gelten entsprechend auch für die übrigen preisbindenden Unternehmen, soweit nicht im Anschluß an diese Untersuchung auf Besonderheiten hingewiesen wird.

a. Diskriminierungsverbot für preisbindende Markenartikelhersteller

Die vermutete marktmächtige Stellung der preisbindenden Unternehmen kann auf der Erwägung beruhen, ein Unternehmen, das Preise binde, müsse auch marktmächtig sein, um die Preisbindung durchführen zu können, oder aber es werde jedenfalls durch die Preisbindung den marktbeherrschenden Unternehmen ähnlich ²⁾.

Daß nach Auffassung des Gesetzgebers ein preisbindendes Unternehmen nicht von vornherein einem marktbeherrschenden Unternehmen gleichsteht, ist aus einem Vergleich der Bestimmungen des § 22 GWB und des § 16 Abs.2 GWB zu entnehmen. Danach ist Wesen des marktbeherrschenden Unternehmens, daß es keinem

-
- 1) Im folgenden wird der Einfachheit halber nur von Herstellern gesprochen. Entsprechendes gilt auch für die Preisbindung seitens eines Großhändlers.
 - 2) Letzteres vermutet offensichtlich wirtschaftspolitischer Ausschuß des Bundestages aaO.

wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, während Wettbewerb - jedenfalls Preiswettbewerb - gerade Voraussetzung für eine Preisbindung ist ("Markenwaren, die mit gleichartigen Waren anderer Hersteller im Preiswettbewerb stehen"). Durch die Preisbindung wird auch auf der Stufe des Preisbinders weder ¹⁾ der Wettbewerb noch die Möglichkeit dazu eingeschränkt

a, Marktmacht durch Preisbindung?

Wird aber das preisbindende Unternehmen durch die Preisbindung in eine dem marktbeherrschenden Unternehmen ähnliche Marktlage versetzt? Dem marktbeherrschenden Unternehmen war es möglich, wie oben festgestellt wurde, eine Wettbewerbsbeschränkung oder Wettbewerbsbenachteiligung auf der Wirtschaftsstufe der Kunden deshalb herbeizuführen, weil dem Kunden die Möglichkeit, auf Alternativen auszuweichen, fehlte, weil der Kunde sich durch vertragliches Aushandeln nicht die für die Konkurrenz notwendigen Startbedingungen verschaffen konnte. Auch das preisbindende Unternehmen beschränkt den Wettbewerb - jedenfalls den Preiswettbewerb - unter den Händlern mit der preisgebundenen Ware, weil diese wegen der Pflicht zur Lückenlosigkeit der Preisbindung alle gleichmäßig gebunden sind. Es handelt sich hier aber nicht um die Diskriminierung der gebundenen Abnehmer, die, wie oben ²⁾ festgestellt, nicht deshalb verboten ist, weil der Diskriminierte den Wettbewerbsnachteil nicht aufholen kann, sondern weil dem gebundenen Abnehmer die Einhaltung der Bindung bei ungleicher Behandlung der Gebundenen nicht mehr zugemutet werden kann. Ob die Diskriminierung einen unausgleichbaren Wettbe-

1) Vgl. Schär, Die Preisbindung der zweiten Hand S.36;

F.W.Meyer in Ordo Jg.1954, S.148 f.

2) Vgl. oben S.52 ff.

werbsnachteil oder eine Wettbewerbsbeschränkung herbeiführt - eine allgemeine Voraussetzung des Diskriminierungsverbots - hängt nicht davon ab, ob die Ware, bezüglich derer diskriminiert wird, preisgebunden ist, sondern nur davon, wie stark die Stellung des Diskriminierenden am Markt ist. Die Möglichkeit, mit dem Erfolg einer Wettbewerbsbeschränkung oder Wettbewerbsbenachteiligung zu diskriminieren, setzt eine gewisse Marktgeltung der Ware voraus, bezüglich derer diskriminiert werden soll. Handelt es sich um eine Ware ohne besondere Marktgeltung, und steht diese Ware in Konkurrenz mit zahlreichen anderen Waren, mit anderen Markenwaren, markenfreien Erzeugnissen oder Substitutserzeugnissen, die dasselbe Bedürfnis - auch nach Meinung der Nachfrage - zu befriedigen geeignet sind, so kann eine Diskriminierung bezüglich dieser Ware kaum eine wettbewerbsbeschränkende oder wettbewerbsbenachteiligende Wirkung hervorrufen. Der Diskriminierte kann auf den Vertrag mit dem Diskriminierenden verzichten und auf die Waren anderer Hersteller übergehen, ohne gegenüber seinem Konkurrenten schlechtere Startbedingungen in Kauf nehmen zu müssen. Nun mag es aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten richtig sein, daß eine Preisbindung nur dann mit Erfolg eingeführt und durchgesetzt werden kann, wenn die Markenware eine bestimmte Marktgeltung erlangt hat, oder wenn wenigstens die Hersteller über das nötige Ansehen und Durchsetzungsvermögen verfügen ¹⁾. Daher sieht Fikentscher ²⁾ eine wirtschaftliche Berechtigung, für den Markenartikel eine Ausnahme von dem Verbot der Preisbindung zu machen, nur für Markenartikel als gegeben an, die im Verkehr als solche erkannt werden. Die Praxis beweist jedoch, daß eine

1) Vgl. Huppert, S.41; vgl. auch F.W.Meyer, aaO. S.141.

2) Fikentscher, Die vertikale Preisempfehlung, S.42.

Preisbindung auch bei Markenwaren mit nur geringer Marktgeltung versucht und eingeführt wird. Auch diese Unternehmen unterliegen dem Diskriminierungsverbot, sobald sie die Preisbindung beim Bundeskartellamt angemeldet haben und das Bundeskartellamt gemäß § 16 Abs.4 GWB die Bestätigung erteilt hat. Eine Diskriminierung kann jedoch keine nachteiligen Folgen haben, so daß ein Schadensersatzanspruch gemäß § 35 GWB wegen Nichtvorliegens eines Schadens auch nicht zum Zuge kommen könnte ¹⁾. Eine Diskriminierung durch diese Unternehmen wird in der Praxis auch weniger eine Bedeutung spielen, da ein Anbieter mit unbedeutendem Marktanteil kaum Spielraum für eine eigene Preis- und Absatzpolitik haben wird. Jedoch nicht in allen Fällen, in denen gemäß § 16 Abs.1 GWB die preisgebundene Ware mit "gleichartigen Waren anderer Hersteller in Preiswettbewerb steht", ist der Abnehmer durch die Möglichkeit des Ausweichens auf die Anbieterkonkurrenz vor wettbewerbsschädigender Diskriminierung geschützt. Je größer die Marktmacht eines Unternehmens ist, desto mehr wird seine Stellung der des marktbeherrschenden Unternehmens angenähert. Nun braucht eine große Marktmacht nicht darauf zu beruhen, daß es keinen gleichwertigen Artikel am Markte gibt, dann ist ja wegen fehlenden Preiswettbewerbs die Preisbindung gemäß § 16 Abs.1 GWB ohnehin unzulässig. Die große Marktmacht kann darauf beruhen, daß lediglich in der Überzeugung der Nachfrager andere Güter erst mit großem Abstand im Werte dem betreffenden Gute folgen. Die tatsächlich bestehende Konkurrenz wird vom Nachfrager nicht als wirkliche Konkurrenz gewertet. Der Markenartikelhersteller hat die Nachfrager so von der Güte seines Artikels überzeugt, daß diese der Marke die Treue halten und nur selten als Nachfrager gleichartiger Markenartikel oder markenfreier Ware auftreten. Der Markenartikelher-

1) Vgl. dazu im einzelnen unten S. 63 ff.

steller besitzt ein sogenanntes Meinungsmonopol ¹⁾, denn ob ein Gut auswechselbar ist oder nicht, bestimmt sich in erster Linie vom Standpunkt der kaufenden Marktgegenseite ²⁾. Nun könnte man allerdings vertreten, der Inhaber eines Meinungsmonopols stehe in Wahrheit nicht mehr mit anderen Waren in Preiswettbewerb, so daß, da die Voraussetzungen des § 16 Abs.1 GWB fehlen, die Preisbindung gemäß § 17 Abs.1 GWB für unzulässig zu erklären sei. Man könnte den Inhaber eines Meinungsmonopols den marktmächtigen Unternehmen gleichstellen und ihn daher dem Diskriminierungsverbot unterstellen. Diese Lösung ist jedoch praktisch wenig befriedigend, da es sich nicht genau feststellen läßt, ob ein Wettbewerb besteht oder nicht, wenn tatsächliche genügend gleichwertige Güter vorhanden sind. Auch weiß man nicht, wie weit der Inhaber eines Meinungsmonopols seine selbständige Marktstrategie und Preispolitik treiben darf, bis treue Nachfrager auf andere Erzeugnisse ausweichen. Der Inhaber eines Meinungsmonopols hat aber die Macht, durch Diskriminierung des Marktgegners diesen wettbewerbsmäßig zu benachteiligen. Der Diskriminierte kann sich nicht durch Ausweichen auf Anbieter gleichwertiger Erzeugnisse die gleichen Startbedingungen wie die vom Diskriminierenden Bevorzugten verschaffen, da über die Gleichwertigkeit der Güter der Kunde entscheidet. Die Kunden, die den von dem Diskriminierten nicht geführten Artikel nicht für auswechselbar halten, werden oft auch andere Waren nicht mehr von dem Diskriminierten beziehen, sofern sie nicht das verlangte Erzeugnis beim Diskriminierten erhalten können. Der Diskriminierende hat die Macht im Sinne obiger Formel, die ein Diskriminierungsverbot gerechtfertigt und notwendig erscheinen läßt.

1) Zum Begriff Meinungsmonopol vergleiche Lisowsky, MA 1951, S.209 ff. (S.211); vgl. auch Schär aaO., S.25.

2) Vgl. Bartholomeyczik in Gom.Komm., § 22 Anm.22.

b₁ Verbotene Diskriminierung bei Markenartikeln
ohne Marktgeltung?

Nach dieser Feststellung wäre demnach ein generelles Diskriminierungsverbot nur für preisbindende Hersteller von Markenware mit Marktgeltung gerechtfertigt. Ein Diskriminierungsverbot für Hersteller von Markenwaren ohne wesentliche Marktgeltung läßt sich nur mit einer formalen Begründung rechtfertigen, nämlich der, daß sich die Auferlegung von Pflichten aus der Erlaubniserteilung ergäbe, vom Verbot des § 15 GWB abzuweichen ¹⁾. Gegen die Konstruktion, ein Diskriminierungsverbot für preisbindende Hersteller von Markenartikeln nur dann generell zur Anwendung kommen zu lassen, wenn das preisbindende Unternehmen einen so erheblichen Grad an Marktmacht besitzt, daß eine Diskriminierung wettbewerbsbenachteiligend wirkt, könnte der Einwand erfolgen, es würde eine zu große Rechtsunsicherheit eintreten, wenn man die Anwendung des Diskriminierungsverbots von der jeweiligen Marktlage abhängig mache. Jedoch ergibt sich für die Praxis kein Unterschied gegenüber dem Ausgangspunkt, das Diskriminierungsverbot gelte generell für alle preisbindenden Unternehmen. In der Praxis läßt sich nur von der Wirkung der Diskriminierung auf deren Verbot schliessen. Eine wettbewerbsbenachteiligende Wirkung ist in jedem Falle Voraussetzung für einen Anspruch des Diskriminierten gemäß § 35 GWB bzw. § 823 Abs.2 BGB in Verbindung mit § 26 Abs.2 GWB. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Wirkung Voraussetzung für die Anwendung des Diskriminierungsverbots. Bejaht man die Anwendung des Diskriminierungsverbots generell für alle preisbindenden Unternehmen, so führt ebenfalls die Fest-

1) Vgl. dazu oben S. 28 ff.

stellung, daß keine wettbewerbsbenachteiligende Wirkung hervorgerufen wurde, zur Verneinung des Anspruchs des Diskriminierten. Sowohl § 35 GWB als auch § 823 Abs.2 BGB verlangen als Schadensersatzansprüche das Vorliegen eines Schadens. Dieser kann nur darin bestehen, daß der Diskriminierte gegenüber dem Bevorzugten geringeren Verdienst und geringere Absatzmöglichkeit gehabt hat, also wettbewerblich benachteiligt ist. Dieser Schaden kann nun allerdings auch eingetreten sein, obwohl der Diskriminierte auf andere Anbieter hätte ausweichen können, um sich die gleichen Startbedingungen wie die vom Diskriminierenden Bevorzugten zu verschaffen, nämlich, wenn der Diskriminierte es unterlassen hat, die Ausweichmöglichkeit wahrzunehmen. In diesem Falle hätte aber der Diskriminierte es unterlassen, den Schaden abzuwenden, so daß gemäß § 254 Abs.2 S.1 BGB sein eigenes Verschulden den Anspruch zum Erliegen bringen würde; denn ein Ausweichen auf andere Anbieter muß dem Diskriminierten auf jeden Fall zugemutet werden, wenn man den Grundsatz der freien Kundenwahl nicht völlig verlassen will.

Auch ohne den Ausweg über § 254 BGB führt die Feststellung nicht erfolgter Wettbewerbsbenachteiligung zur Verneinung des Anspruchs, und zwar im Rahmen der Feststellung, ob die Behinderung "unbillig" oder die unterschiedliche Behandlung "ohne sachlich gerechtfertigten Grund" erfolgte. Um dieses klarzustellen, muß hier auf die Begriffe "unbillige Behinderung" und unterschiedliche Behandlung "ohne sachlich gerechtfertigten Grund" eingegangen werden.

Die Begriffe der Behinderung und unterschiedlichen Behandlung sind nicht scharf von einander zu trennen. "Der Tatbestand der unbilligen Behinderung im Geschäftsverkehr umfaßt sowohl die Ablehnung des

Geschäftsverkehrs schlechthin als auch jede unterschiedliche Behandlung bei Preisen und Geschäftsbedingungen" ¹⁾. Dabei sind Fälle, die nicht zugleich eine Diskriminierung darstellen, wohl meist nur die, welche sich unmittelbar oder mittelbar gegen einen Wettbewerber des Behinderers richten ²⁾. In der Regel werden sich beide Tatbestände decken ³⁾.

Bei der Feststellung, ob die Ablehnung eines Geschäftsverkehrs oder die unterschiedliche Behandlung bei Preisen und Geschäftsbedingungen "unbillig" erfolgte, bleibt es unerlässlich festzustellen, ob dem Behinderten Nachteile erwachsen sind. Entstehen keine unzumutbaren Nachteile oder Unbequemlichkeiten, weil der Behinderte ohne Schwierigkeit auf genügend vorhandene gleichwertige Alternativen ausweichen kann, so kann die Behinderung nicht "unbillig" sein. ⁴⁾ Ohne wettbewerbsbenachteiligende Wirkung ist also ein Anspruch nicht gegeben, da das Tatbestandsmerkmal "unbillige Behinderung" nicht erfüllt ist.

Bei der Feststellung, ob ein sachlich gerechtfertigter Grund für eine unterschiedliche Behandlung vorliegt, scheint zunächst, wenn man von der Wortbedeutung ausgeht, eine Abwägung der Interessen der

-
- 1) Amtl.Begr.zu § 23 d.Reg.Entw., Anm.3 b, abgedr. in Gem.Komm. S.1097.
 - 2) Vgl. Benisch in Gem.Komm., § 26 Anm.41. Hefermehl, in Baumbach-Hefermehl, GWB, § 26 Anm.35, erwähnt als weiteren Fall, daß die Behinderung alle gleichartigen Unternehmen gleichmäßig trifft, so daß eine unterschiedliche Behandlung nicht vorliegt.
 - 3) So auch Hefermehl aaO.
Geutz, WuW 61, S.600 ff., will Behinderung auf Mitbewerber, ungleiche Behandlung auf vertikale Diskriminierungen beziehen.
 - 4) So auch: Benisch in Gem.Komm. § 26 Anm.23;
Baumbach-Hefermehl, § 26 GWB Anm.45;
Fikentscher, WuW 58, S.264;
Ewald, WRP 1957, S.252 f.

Parteien nicht zulässig zu sein, sondern nur eine objektive Würdigung der Gründe für die unterschiedliche Behandlung ¹⁾. Diese Ansicht kann jedoch nach Sinn und Zweck der Bestimmung - Schutz des freien Wettbewerbs und die Sicherung wettbewerbsgemäßen Verhaltens - nicht richtig sein. Hat eine Diskriminierung keinerlei nachteilige Folgen für den Diskriminierten, so kann die Diskriminierung auch dann nicht unerlaubt sein, wenn sachlich gerechtfertigte Gründe für die Diskriminierung nicht geltend gemacht werden können oder nicht geltend gemacht werden; denn nur eine wettbewerbsschädigende Diskriminierung kann verboten sein. Die Fassung des Gesetzeswortlautes mag damit zusammenhängen, daß man von der - wie gezeigt unrichtigen - Voraussetzung oder Vermutung ausgegangen ist, daß die dem Diskriminierungsverbot unterliegenden Unternehmen stets eine marktmächtige Stellung besitzen. Dann könnte man auch eine nachteilige Wirkung der Diskriminierung vermuten ²⁾. Wenn jemand etwas Verbotenes tut, so muß er auch schutzwürdige Interessen verletzen. Für die Entscheidung, ob die unterschiedliche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgte, ist also eine Abwägung der beiderseitigen Interessen erforderlich ³⁾. Das

1) Benisch in Gem.Komm., § 26 Anm.45.

2) So Arnold in WuW 1960, S.618 ff.
vgl. auch BGH WuW/E BGH 288 (291). Der BGH stellt bezüglich § 27 GWB fest, daß das Tatbestandsmerkmal "unbillige Behinderung" und unterschiedliche Behandlung "ohne sachlich gerechtfertigten Grund" schon erfüllt sei, wenn eine Ablehnung ohne Angabe von Gründen erfolgt. Diese Feststellung läßt sich jedenfalls für § 26 Abs.2 GWB nicht übernehmen.

3) So LG Köln, WuW/E LG/AG 150 (154);
zur Interessenabwägung vgl. S.68 ff.

bedeutet für die hier zu entscheidende Frage, daß Interessen - wegen des Zwecks der Bestimmung wettbewerblicher Art - des Diskriminierten verletzt sein müssen, wenn das Tatbestandsmerkmal "ohne sachlich gerechtfertigten Grund" erfüllt sein soll. Es kommt also auch hier auf den Zusammenhang zwischen Machtgrad und Differenzierungsrecht an ¹⁾. Ein Unternehmen, das nicht die Macht hat, durch Diskriminierung eine Wettbewerbsbenachteiligung herbeizuführen, kann demnach nicht verboten diskriminieren. In der Praxis wäre es also erforderlich, von der Wirkung der Diskriminierung auf das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale "unbillige Behinderung" oder "unterschiedliche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund" zu schliessen.

Nach der hier vertretenen Auffassung müßte eben dieselbe Wertung vorgenommen werden. Nur käme man bei nicht vorhandener nachteiliger Wirkung der Diskriminierung zu der Feststellung, daß das Diskriminierungsverbot gar nicht zur Anwendung käme. Diese Feststellung wäre gerechtfertigt, da man im Wege der Auslegung der Gesetzesbestimmung nach Sinn und Zweck feststellen kann, daß der Gesetzgeber handelnde Personen voraussetzt, die eine Marktmacht innehaben.

Die hier vertretene Lösung hat den Vorzug, daß man nicht die möglicherweise unverständliche Feststellung zu treffen braucht, das Unternehmen unterliege zwar dem Diskriminierungsverbot, es könne jedoch nicht "unbillig behindern" oder "ohne sachlich gerechtfertigten Grund" unterschiedlich behandeln, da es den dafür erforderlichen Grad an Marktmacht nicht besitze. Auch erscheint es widerspruchsvoll, von einer sachli-

1) So Fikentscher, WuW 58, S.264;
Baumbach-Hefermehl, GWB § 26 Anm.45.

chen Berechtigung zur Diskriminierung des an sich dem Diskriminierungsverbot unterliegenden Handelnden zu sprechen, wenn der Diskriminierende willkürlich handelt. Praktische Unterschiede ergeben jedoch die beiden Lösungen nicht, da man in jedem Falle von der Wirkung der Diskriminierung auf deren Verbot schliessen muß ¹⁾.

c₁ Die unterschiedliche Auswirkung des Diskriminierungsverbots bei unterschiedlicher Marktstellung der Diskriminierenden

- Die Interessenabwägung bei der Feststellung der Unbilligkeit oder des Fehlens eines sachlich gerechtfertigten Grundes -

Ist nun anhand der Wirkung der Diskriminierung festgestellt, daß das diskriminierende Unternehmen diskriminierungsfähig ist, so steht damit allerdings noch nicht fest, daß die Diskriminierung auch unbillig oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgt ist. Auch wenn man das Diskriminierungsverbot generell auf alle preisbindenden Unternehmen anwendet, ist die Feststellung, daß der Diskriminierte durch die Diskriminierung gegenüber den Bevorzugten im Wettbewerb benachteiligt ist, nur die erste Voraussetzung für die Unbilligkeit oder das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung. Ob im Einzelfall die Diskriminierung

1) Daher kann die Feststellung des OLG München, WRP 1959, S.161 "daß die Beklagte zu den in § 26 Abs.2 bezeichneten Unternehmen gehört, steht außer Frage, denn sie bindet Preise. Das hat zur Folge, daß sie in der Auswahl ihrer Partner nicht völlig frei ist, wobei dahingestellt bleiben kann, ob sie über viel oder wenig Marktmacht verfügt", in dieser generellen Fassung nicht richtig sein.

unbillig oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgt, kann nur durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen festgestellt werden. Das gilt auch für die Diskriminierung durch Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen. Aus der Interessenabwägung sind auch die in der Praxis auftretenden Fälle der Beschränkung des Kundenkreises zu lösen, z.B. Vertrieb nur über den Fachhandel, über ausgewählte Einzelhändler, über ausgewählte Großhändler, über Großhändler und ausgewählte Einzelhändler, über Versandhäuser Nach der oben ¹⁾ gefundenen Auslegungsregel ist zunächst Voraussetzung für eine verbotene Diskriminierung, daß eine ungleiche Behandlung unter Mitbewerbern oder möglichen Mitbewerbern erfolgt. Es scheiden also die Fälle aus, in denen alle Anbieter desselben Gutes in dem Umkreis, in dem nur sie als Anbieter auftreten können, gegenüber anderen Anbietern auf anderen Teilmärkten benachteiligt werden; denn nur eine Diskriminierung unter Wettbewerbern ist nach dem Schutzzweck verboten. Eine Diskriminierung, die eine wettbewerbsbeschränkende oder wettbewerbsbenachteiligende Wirkung beim Diskriminierten bewirkt, ist grundsätzlich verboten. Nur bei fehlender Unbilligkeit oder beim Vorwiegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes ist die Diskriminierung erlaubt. Aus dem grundsätzlichen Verbot, eine Wettbewerbsbeschränkung oder Wettbewerbsbenachteiligung herbeizuführen, ergibt sich, daß der Diskriminierende in jedem Falle Gründe für die Diskriminierung anführen muß, wenn die verbotene Wirkung eintritt, um die Diskriminierung als nicht unbillig oder gerechtfertigt erscheinen zu lassen ²⁾. Die allgemeine Ansicht ³⁾, daß auch durch das GWB und das Diskriminierungsver-

1) S.44 f.

2) a.M. Benisch in Gem. Komm. § 26 Anm.47.

3) Vgl. z.B. Benisch aaO.

bot der Grundsatz der Vertragsfreiheit für alle Unternehmen, auch für die dem Verbot des § 26 Abs.2 GWB unterliegenden, aufrecht erhalten werde und ein allgemeiner Kontrahierungszwang nicht bestehe, ist in dieser allgemeinen Form nicht zutreffend. Ein Unternehmen kann zwar grundsätzlich frei darüber bestimmen, in welchem Umfang es die Belieferung eines Kunden vornehmen und welchen Absatzweg es für den Vertrieb seiner Waren wählen will. Die Wahl muß aber eben auch nach betriebswirtschaftlichen und unternehmerischen Überlegungen getroffen werden. Die Vertragsfreiheit ist eben doch insofern eingeschränkt, als eine Diskriminierung nicht unbillig und ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgen darf.

Gründe, die die Diskriminierung als nicht unbillig oder sachlich gerechtfertigt erscheinen lassen, können entweder in der Person des Diskriminierten liegen, z.B. Zahlungsunfähigkeit, als auch kaufmännische und technische Überlegungen des Diskriminierenden sein, die nicht in der Person des Diskriminierten begründet sind. Je größer die Wirkung der Diskriminierung ist, umso weniger können die Interessen des Diskriminierenden die Handlung rechtfertigen. Wird durch die Diskriminierung weder der Wettbewerb innerhalb des Marktes der Marktgegenseite beschränkt, und bewirkt die Diskriminierung für den einzelnen Diskriminierten auch keinen übermäßigen wirtschaftlichen Schaden oder eine Existenzgefährdung, so wird es als genügend anzusehen sein, wenn der Diskriminierende nicht willkürlich handelt, d.h., wenn er bei normalen kaufmännischen und technischen Überlegungen und bei gutem Willen den betreffenden oder die betreffenden Marktteilnehmer nicht gleich behandeln würde. Ein Kontrahierungszwang wird also bei dieser Wirkung der Diskriminierung nur selten zur Anwendung kommen.

Besteht die Wirkung in einer Existenzgefährdung oder übermäßigen Schädigung der oder des Diskriminierten oder gar in einer allgemeinen Wettbewerbsbeschränkung innerhalb des Marktes, so ist ein Interesse des Diskriminierenden an der Diskriminierung zu fordern, das gegenüber dem Interesse des Diskriminierten und der Allgemeinheit an dem Unterlassen der Diskriminierung wenigstens als gleichwertig anzusehen ist.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß eine Wettbewerbsbeschränkung oder Wettbewerbsbenachteiligung von Mitbewerbern durch Beschränkung des Kundenkreises oder durch die Wahl eines bestimmten Absatzweges zwar grundsätzlich verboten ist, aus der Interessenabwägung jedoch in vielen Fällen gerechtfertigt werden kann. Da die Wirkung der Diskriminierung von der Marktstellung des diskriminierenden Unternehmens abhängt und die Interessen des Diskriminierenden die Diskriminierung umso weniger rechtfertigen können, je größer die Wirkung der Diskriminierung beim Betroffenen ist, wirkt sich das Diskriminierungsverbot für Preisbinder je nach ihrer Marktmacht unterschiedlich aus. ¹⁾

Aus dem grundsätzlichen Verbot wettbewerbsbeschränkender oder wettbewerbsbenachteiligender Diskriminierung und aus der Zielsetzung des ganzen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung folgt weiter, daß eine Interessenabwägung dann nicht erforderlich ist, wenn die Diskriminierung erfolgt mit dem Selbstzweck der Wettbewerbsbeschränkung der Kunden oder eines Kunden²⁾, wenngleich dieser Zweck der Handlung im Gegensatz

1) So auch Ewald, WRP 57, S.253;
a.M. Schwarz, MA 58, S.52.

2) So Baumbach-Hefermehl, GWB § 26 Anm.45.

zu Art.9 c 4 des Dekartellierungsrechts ¹⁾ nicht mehr Tatbestandsvoraussetzung ist ²⁾. Auch ist die Diskriminierung von vorneherein unzulässig, ohne daß eine Interessenabwägung erforderlich ist, die einen nach dem Gesetz nicht erlaubten Erfolg bezweckt, etwa um den Abnehmer zur Einhaltung eines gem. § 18 GWB für unzulässig erklärten Vertrages zu zwingen. ³⁾

Eine Diskriminierung im Sinne des § 26 Abs.2 GWB erfolgt demnach unbillig bzw. ohne sachlich gerechtfertigten Grund:

Wenn die Diskriminierung mit dem Selbstzweck der Wettbewerbsbeschränkung der Kunden oder eines Kunden erfolgt, oder wenn die Diskriminierung die Erreichung eines nach dem GWB nicht erlaubten Erfolges bezweckt.

Wenn die Diskriminierung mit der Wirkung einer nicht übermäßigen Wettbewerbsbeschränkung oder Wettbewerbsbenachteiligung willkürlich erfolgt, d.h. wenn der Diskriminierende bei normalen kaufmännischen und technischen Überlegungen die Diskriminierung unterlassen haben würde.

Wenn bei einer Diskriminierung, die eine allgemeine Wettbewerbsbeschränkung innerhalb des Marktes oder eine Existenzgefährdung oder eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung der oder des Diskriminierten bewirkt, die Interessen des Diskriminierenden an der Diskriminierung gegenüber den Interessen der oder des Diskriminierten und der Allgemeinheit an dem Unterlassen der Diskriminierung nicht als gleichwertig anzusehen sind.

1) Bzgl. des Dekartellierungsrechts: BGH 19,72.

2) So: OLG München, NJW 59, S.943;
Baumbach-Hefermehl, GWB § 26 Anm.42;
a.M. Schwarz, MA 58, S.51 f. (52).

3) Vgl. auch Urt.d.OLG Hamburg, WuW/E OLG 325 ff.
Hier begründet das OLG Hamburg zu Recht mittelbar im Wege des Schadensersatzes gem. § 25 GWB einen Kontrahierungszwang bei schon bestehender Geschäftsverbindung bei einer Liefersperrre zur Durchsetzung einer nicht erlaubten Preisempfehlung. In

b. Diskriminierungsverbot für preisbindende Verlagsunternehmen

Die Erörterungen über preisbindende Hersteller von Markenartikeln gelten auch für die preisbindenden Verlagsunternehmen. Für preisgebundene Verlags-erzeugnisse sind jedoch einige Besonderheiten von Bedeutung für die Anwendung des Diskriminierungsverbots. Verlagserzeugnisse sind Werke der Literatur, Tonkunst, bildenden Kunst und Photographie, z.B. Bücher, Zeitungen, Zeitschriften, Globen, Karten, Kalender, Kunstblätter, Schallplatten ¹⁾.

Bei den Markenartikeln hatte nur jeweils der einzelne Hersteller den Preis für seine Ware vertikal gebunden. "Der feste Preis im Buchhandel ist aber weitgehend durchgeführt. Er beruht auf dem seit Jahrzehnten in Deutschland und mit gewissen Abweichungen in den meisten Kulturstaaen eingeführten System des festen Ladenpreises beim Buchhandel" ²⁾. Der feste Preis im Buchhandel ist, historisch gesehen, aus einer Kombination von horizontaler und vertikaler Preisbindung entstanden, dergestalt, daß sich die Buchhersteller (Verleger) und die Buchhändler gegenseitig durch Satzungsbestimmungen einer für beide Stufen gemeinsamen Organisation verpflichten, feste Ladenpreise zu bestimmen bzw. einzuhalten ³⁾.

Die Macht, mit der Folge zu diskriminieren, daß der Diskriminierte die Folgen der Diskriminierung nicht durch Ausweichen auf Alternativen ausgleichen kann, um sich gegenüber den Bevorzugten die gleichen Wettbewerbschancen zu verschaffen, wird bei einem preisbindenden Verlagsunternehmen häufiger gegeben sein als bei einem preisbindenden Markenartikelhersteller. Zwar wird auch dadurch, daß eine Preis-

1) Baumbach-Hefermehl, GWB § 16 Anm.58.

2) Amtl.Begr.zu § 11 d.Reg.Entw., Ziff.1 c, abgedr.in Gem.Komm. S.1086.

3) Schwarz in Gem. Komm., § 16 Anm.35.

bindung im Buchhandel fast generell durchgeführt ist, die Ausweichmöglichkeit des Diskriminierten auf Alternativen nicht beeinflußt. Der Diskriminierte kann aber einen Wettbewerbsnachteil nicht durch vertragliches Aushandeln günstiger Vertragsbedingungen mit einem anderen Anbieter ausgleichen, wenn auch dieser Anbieter eine gleichmäßige Preisbindung durchgeführt hat. Dieses bedeutet aber noch keinen Wettbewerbsnachteil, solange die Alternativen - auch nach Meinung der Kunden - gleichwertig sind. Die Gleichwertigkeit der Alternativen und die Substitutskonkurrenz, die - auch nach der Meinung der Nachfrager - dasselbe Bedürfnis zu befriedigen geeignet sind, sind aber hier nur begrenzt vorhanden. Abgesehen von dem Markt bezüglich allgemeiner Unterhaltungsliteratur und Unterhaltungszeitschriften, auf dem die Verleger zum Teil in hartem Wettbewerb mit anderen Verlegern anderer Unterhaltungsliteratur stehen ¹⁾, geht der Kunde meist mit einem ganz bestimmten Wunsch in den Buchladen. Ist das bestimmte Buch oder die gewünschte Schallplatte mit bestimmtem Orchester oder Solisten nicht vorhanden, so ist der Kunde nicht gewillt, auf ein "Substitut" auszuweichen. Jedes Buch hat also im Grunde seinen Privatmarkt ²⁾. Der Diskriminierte verliert durch die Diskriminierung einen Kundenkreis und ist unausgleichbar im Wettbewerb benachteiligt. Auch werden von einem Verleger meist eine größere Anzahl von Büchern oder Zeitschriften verlegt, so daß eine Diskriminierung durch Ablehnung oder Abbruch des Geschäftsverkehrs meist wettbewerbsbenachteiligende Folgen hat. Man wird also, auch wenn man das Diskriminierungsverbot durch Auslegung auf die Inhaber

1) So LG München, WRP 1959, S.160;
OLG München, ebenda, S.161.

2) Fikentscher, Wettbewerb ... S.289.

einer solchen Machtstellung beschränkt, daß der Diskriminierte die Folgen der Diskriminierung nicht durch Ausweichen auf gleichwertige Alternativen ausgleichen kann, die generelle Anwendung des Diskriminierungsverbots für Verlagsunternehmen - abgesehen von unbedeutenden Verlegern unbedeutender Literatur - für notwendig und gerechtfertigt ansehen können. Die Rechtfertigung ist aber auch hier nicht durch die erfolgte Preisbindung begründet, sondern weil die Waren wegen ihrer besonderen Art einen bestimmten Abnehmerkreis haben, und weil die Abnehmer nicht auf "Alternativen" ausweichen wollen. Auch handelt es sich dabei nicht, wie bei Markenartikelherstellern lediglich um ein Meinungsmonopol, da man die Güter auch objektiv nicht als gleichwertig ansehen kann. Die Preisbindung tritt mehr zufällig nur hinzu.

c. Diskriminierungsverbot für Erzeugerbetriebe oder Vereinigungen von Erzeugerbetrieben für landwirtschaftliches Saatgut

Für die Einbeziehung dieser Gruppe in das Diskriminierungsverbot ist in den gesetzlichen Materialien keine besondere Erklärung zu finden. Die Einbeziehung beruht daher auf der bei Preisbindern generell vermuteten marktmächtigen Stellung, eine Vermutung, die oben widerlegt wurde. Es sollen die Geschäftsbeziehungen der Erzeugerbetriebe zu Unternehmen erfaßt werden, die anerkanntes Saatgut im Betriebe ihres Handelsgewerbes kaufen. Da die Anforderungen für die Anerkennung, Verpackung, Kennzeichnung und Plombierung im Sinne der §§ 39 bis 63 des Saatgutgesetzes ¹⁾ den Voraussetzungen des § 16 GWB bezüg-

1) Vom 27. Juni 1953, Bundesgesetzblatt 1953, Teil I, S. 450 ff.

lich Markenartikel vergleichbar sind, kann auf die Ausführungen bezüglich Markenartikelhersteller verwiesen werden. Zur Marktbedeutung der Erzeugerbetriebe und zur möglicherweise unterschiedlichen Würdigung der Wahl des Absatzweges für erzeugtes Saatgut wird hier keine Stellung genommen.

d. Diskriminierungsverbot für Versorgungsunternehmen

Ein Versorgungsunternehmen kann gemäß § 100 Abs.3 GWB das Verteilerunternehmen binden, die Abnehmer nicht teurer oder zu ungünstigeren Bedingungen zu beliefern, als das zu liefernde Unternehmen selbst vergleichbare Abnehmer beliefert. Es unterliegt dann durch ausdrückliche Anordnung gem. § 26 Abs.2 GWB dem Diskriminierungsverbot.

Die Ausdehnung des Diskriminierungsverbots auf preisbindende Versorgungsunternehmen, die erst kurz vor der Gesetzesverabschiedung ohne Begründung erfolgte, erscheint nach den Ausführungen im zweiten Kapitel systemwidrig. Es handelt sich um die vertraglichen Beziehungen mit den - meist gemeindlichen - Verteilerunternehmen. Unter den Verteilerunternehmen der verschiedenen Gemeinden besteht aber kein Konkurrenzverhältnis, so daß demnach auch der Gesichtspunkt der Chancengleichheit der Wettbewerber hier keine Bedeutung gewinnen kann. Es ist daher auch nicht ersichtlich, warum aus der Preisbindung die Verpflichtung erfolgen soll, die A.-Gemeinde ebenso zu beliefern wie die B.-Gemeinde.

Jedoch ist ein Schutz vor wettbewerbswidrigem Verhalten des Versorgungsunternehmens erforderlich. Die Notwendigkeit eines Schutzes erfolgt aber nicht daraus, daß das Versorgungsunternehmen - zugleich zum wichtigen Schutz der Verbraucher - den Preis insofern gebunden hat, als das Verteilerunternehmen die Verbraucher nicht teurer beliefern darf, als das zuliefernde Unternehmen die Verbraucher unmittelbar beliefert, sondern aus der fehlenden oder geringen Anbieterkonkurrenz. Bei Versorgungsunternehmen ist eine Konkurrenz unter einer Vielzahl von Anbietern nicht gegeben und aus volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten auch nicht zu wünschen, da die notwendigen Speicherungsanlagen, die eine Versorgung der Verbraucher sicherstellen können, nur ausgenutzt werden können, wenn ein genügend großer Verbraucherkreis stets zur Belieferung offensteht. Dadurch allein kann eine möglichst billige Versorgung sichergestellt werden ¹⁾. Ein anbietendes Versorgungsunternehmen ist daher auch meist ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des § 22 GWB und unterliegt als solches dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB; denn es ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen, daß die Vorschrift des § 26 Abs.2 GWB bei marktbeherrschenden Versorgungsunternehmen ausgeschlossen ist ²⁾.

Jedoch auch soweit es sich um ein marktbeherrschendes Versorgungsunternehmen handelt, erscheint das Diskriminierungsverbot nach den Ausführungen im zweiten Kapitel systemwidrig, da Gesichtspunkte der Wettbewerbsbenachteiligung und der Chancengleichheit der Wettbewerber hier bei den Verteilerunternehmen keine Rolle spielen.

1) Vgl. Amtl.Begr.zu § 77 d.Reg.Entw., abgedr.in Gem.Komm. S.1126.

2) so auch OLG Neustadt, WuW 59, S.288 f.

Aus anderen Gesichtspunkten als aus dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten erscheint jedoch ein Verbot für eine Diskriminierung durch Belieferung der Verteilerunternehmen zu unbilligen Bedingungen oder durch Einstellung der Belieferung gerechtfertigt und notwendig. Eine Einstellung der Belieferung führt oft die Gefahr einer ernstlichen Gefährdung der Existenz oder wesentlichen Schmälerung der Existenzgrundlage des Verteilerunternehmens nach sich ¹⁾. Eine Existenzvernichtung kann aber, wie oben ²⁾ gezeigt wurde, schon unter dem Gesichtspunkt der sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB zum Verbot der Diskriminierung führen. Auch berührt ein Abbruch der Belieferung eines Verteilerunternehmens das allgemeine Interesse, weil der Abbruch eine Störung in der Versorgung zahlreicher durch Abnahmeverträge gebundener Endverbraucher zur Folge hat ³⁾, und kann daher unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB gewürdigt werden.

Auch der Gesetzgeber hat die Regelung bezüglich der öffentlichen Versorgung mit Energie und Wasser im GWB nur als eine vorläufige Regelung bis zu einer allgemeinen und umfassenden Regelung der Wettbewerbsverhältnisse durch entsprechende Sondergesetze, Energiewirtschaftsgesetz und Wasserwirtschaftsgesetz, treffen wollen ⁴⁾. Bis zur Neuregelung ist § 26 Abs.2 GWB unter dem Gesichtspunkt der Versorgungsaufgabe gegenüber der Allgemeinheit und der

1) Vgl. nicht veröffentlichtes Urteil des LG Frankenthal vom 14.1.1958, HKa 29/57.

2) Vgl. oben S. 17.

3) wie Fußnote 1).

4) Vgl. Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik zu § 77 d.Reg.Entw. unter a, abgedr. in Gem.Komm. S.1216.

Existenzvernichtung zu betrachten, so daß der im zweiten Kapitel aufgezeigte Rechtsgrund für das Diskriminierungsverbot hier nicht angewendet werden kann. Der Rechtsgrund ist hier wie bei § 826 BGB die Versorgungsaufgabe gegenüber der Allgemeinheit, so daß in vielen Fällen Anspruchskonkurrenz bestehen wird. Soweit eine Diskriminierung von Letztverbrauchern in Frage steht, kommt nur § 826 BGB zum Zuge, da § 26 Abs.2 GWB nur die Diskriminierung von Unternehmen verbietet. Eine allgemeine Regelung außerhalb des GWB wäre zur Wahrung des einheitlichen Charakters des GWB wünschenswert.

Zusammenfassende Stellungnahme zur Fassung
des Diskriminierungsverbots des § 26 Abs.2 GWB

Die Fassung der Gesetzesbestimmung erscheint wenig glücklich. Nur durch schwierige Auslegung kann man den Kreis der Verpflichteten auf diejenigen, die die Macht haben, durch eine Diskriminierung schutzwürdige Interessen zu verletzen, beschränken. Nur mit der hier gezeigten Begrenzung ist das Diskriminierungsverbot notwendig und gerechtfertigt, um zu wirtschaftlich vernünftigen Ergebnissen zu gelangen. Dabei wurde deutlich, daß zwar eine Begrenzung auf marktbeherrschende Unternehmen im Sinne des § 22 GWB und Kartelle zu eng wäre, eine generelle Ausdehnung auf preisbindende Unternehmen jedoch nicht mehr gerechtfertigt erscheint.

Da Preisbindung nicht unbedingt eine Vermutung für Marktmacht ist, wäre es glücklicher gewesen, den Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens weiter, als es in § 22 GWB erfolgte, zu fassen. Würde der

Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens jede marktmächtige Stellung umfassen, die den Marktgegner in ein Abhängigkeitsverhältnis bringt, und würde weiter eine generelle Kontrollbefugnis dafür normiert, daß diese Unternehmen ihre Macht nicht zu wettbewerbswidrigem und wettbewerbsschädigendem Verhalten gegenüber der vor- und nachgeordneten Wirtschaftsstufe ausnutzen, so hätte man durch diese weitere Fassung des § 22 GWB gleichzeitig eine Handhabe, zahlreichen, heute nach dem GWB nicht zu fassenden wettbewerbswidrigen Ausübungen von Marktmacht auf der Angebots- und Nachfrageseite zu begegnen, die auf anderem Wege als durch Diskriminierung erfolgt. Eine derartige Kontrolle wäre mit der Grundkonzeption des GWB vereinbar, da eine Kontrolle über mißbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht anerkannt wird, §§ 22 - 26 GWB.

4. K a p i t e l

Die Voraussetzungen für einen Kontrahierungszwang nach § 26 Abs.2 GWB im Vergleich mit den Voraussetzungen für einen Kontrahierungszwang nach § 826 BGB und nach dem Diskriminierungsverbot des Dekartellierungsrechts

- Heutige Bedeutung des Kontrahierungszwangs aus § 26 Abs.2 GWB und des Kontrahierungszwangs aus § 826 BGB. -

Es ist bereits oben ¹⁾ bei der Untersuchung des Verhältnisses des Diskriminierungsverbots zum Kontrahierungszwang dargelegt worden, daß sich aus dem Diskriminierungsverbot dann ein Kontrahierungszwang ergeben kann, wenn eine verbotene ungleiche Behandlung der Kunden bei Verträgen erfolgt.

Nachdem der Rechtsgrund für den Kontrahierungszwang aus § 826 BGB und für das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB untersucht wurde, läßt sich nunmehr die Frage entscheiden, inwiefern der aus § 826 BGB abzuleitende Kontrahierungszwang neben § 26 Abs.2 GWB noch Bedeutung hat, und ob bei der Prüfung der Voraussetzungen des Kontrahierungszwangs aus § 26 Abs.2 GWB an die bisherige Rechtsprechung zum Kontrahierungszwang angeknüpft werden kann.

I. Der Kontrahierungszwang aus § 26 Abs.2 GWB im Vergleich mit dem Kontrahierungszwang aus § 826 BGB

Als Rechtsgrund für den aus § 826 BGB abgeleiteten Kontrahierungszwang wurde die Versorgungsaufgabe gegenüber der Allgemeinheit festgestellt. Es werden

1) S. 18 ff.

insbesondere Fälle erfaßt, in denen ein Vertrags-schluß unmittelbar mit dem Verbraucher in Frage steht. Ein Kontrahierungszwang mit einem Unternehmen, das als Händler mit den zu liefernden Gütern auftritt, wurde bislang nur angenommen, wenn durch den verweigerten Vertragsabschluß oder den Vertragsabschluß zu unbilligen Bedingungen Belange der Allgemeinheit oder lebenswichtige Interessen der Verbraucher verletzt wurden. Die Verletzung von Verbraucherinteressen war nur bei einer gewollten Existenzvernichtung nicht erforderlich.

Als Rechtsgrund für den aus § 26 Abs.2 GWB abgeleiteten Kontrahierungszwang wurde das Interesse der Allgemeinheit an einer wettbewerbsfähigen Wirtschaftsstufe, an der Chancengleichheit der Wettbewerber, und der Schutz des einzelnen Marktgegners vor wettbewerbswidrigem Verhalten durch Wettbewerbsbeschränkung oder Wettbewerbsbenachteiligung festgestellt. ¹⁾ Inwieweit sich beide Vorschriften überschneiden, wird im einzelnen beim Vergleich der Tatbestandsmerkmale "sittenwidrige Schädigung" des § 826 BGB und "unbillige Behinderung" und "unterschiedliche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund" des § 26 Abs.2 GWB zu zeigen sein.

1. Der Kreis der Verpflichteten

Gemäß § 826 BGB konnten nur die Inhaber einer effektiven Monopolstellung bezüglich lebenswichtiger Güter oder bezüglich für das Gemeinwohl unentbehrlicher Einrichtungen verpflichtet werden.

Gemäß § 26 Abs.2 GWB können marktbeherrschende Unternehmen, Kartelle und preisbindende Unternehmen, soweit sie die Macht haben, durch eine Diskriminie-

1) Vgl. oben S. 40 ff.

rung eine Wettbewerbsbeschränkung oder Wettbewerbsbenachteiligung herbeizuführen, verpflichtet sein.

Unternehmen mit Monopolstellung im Sinne des § 826 BGB sind auch marktbeherrschend im Sinne des § 26 Abs.2 GWB. Marktbeherrschend ist gemäß § 22 GWB der Monopolist und auch der Oligopolist. Auch der Oligopolist kann gemäß § 826 BGB verpflichtet sein, da nicht in erster Linie darauf abzustellen ist, ob ein Konkurrenzgewerbe besteht, sondern, ob der Bedarf anderweitig gedeckt werden kann. ¹⁾

Eine erhebliche Erweiterung gegenüber § 826 BGB tritt aber durch die Ausdehnung des Diskriminierungsverbots auf Kartelle und preisbindende Unternehmen ein, auch wenn man nach der hier vertretenen Ansicht die Anwendung des Diskriminierungsverbots auf Unternehmen beschränkt, die die Macht haben, durch eine Diskriminierung einen unausgleichbaren Wettbewerbsnachteil zuzufügen. Diese Macht ist, wie gezeigt wurde ²⁾, keineswegs mit einer Monopolstellung im Sinne des § 826 BGB identisch.

§ 826 BGB verpflichtet nur die Inhaber einer Monopolstellung bezüglich lebensnotwendiger Güter. Nach dem Wortlaut des § 26 Abs.2 GWB ist die Art der Güter bedeutungslos, es kann eine Verpflichtung bezüglich aller Güter bestehen. Dieser Grundsatz muß jedoch nach den obigen Ausführungen ³⁾ eine gewisse Einschränkung erfahren. Denn eine Macht, die als Voraussetzung für die Anwendung des Diskriminierungsverbots angesehen wurde, ist nur vorhanden,

1) Vgl. Nipperdey, Stromsperre..... S.30.

2) Vgl. insbesondere die Ausführungen bezüglich Markenartikelhersteller und Verlagsunternehmen.

3) Vgl. oben S. 63 ff.

wenn dem Gut, bezüglich dessen diskriminiert wird, nicht genügend gleichwertige Ersatzgüter - jedenfalls nicht nach der Meinung des Konsumenten - gegenüberstehen, so daß der Diskriminierte einen Nachteil nicht durch Ausweichen auf Alternativen ausgleichen kann. Das Gut braucht zwar nicht lebensnotwendig zu sein, muß jedoch in gewisser Weise unersetzbar sein. Auch muß der Marktanteil des Gutes, bezüglich dessen diskriminiert wird, so groß sein, daß sich ein Nichtführen dieses Gutes wettbewerbsbenachteiligend auswirken kann. Güter mit ganz unwesentlichem Marktanteil entfallen somit.

2. Der Kreis der Anspruchsberechtigten

§ 26 Abs.2 GWB verbietet - aus dem Rechtsgrund der Wahrung der Chancengleichheit der Wettbewerber folgerichtig - nur die Diskriminierung von Unternehmen. Soweit ein Vertragsschluß unmittelbar mit dem Verbraucher in Frage steht, behält § 826 BGB seine unerweiterte Bedeutung. Aus dem Rechtsgrund des Wettbewerbsschutzes und der Wahrung der Chancengleichheit der Wettbewerber ist weiter zu folgern, daß § 26 Abs.2 GWB auch bei der Diskriminierung eines Unternehmens keine Anwendung findet, soweit das diskriminierte Unternehmen als Verbraucher und nicht als Händler bezüglich der Güter, mit denen diskriminiert wird, auftritt.

Da der aus § 826 BGB abzuleitende Kontrahierungszwang auch bisher seine wesentlichste Bedeutung hatte, soweit ein Vertragsschluß unmittelbar mit dem Verbraucher in Frage stand, behalten beide Vorschriften nunmehr für einen weiten Bereich ihre unterschiedliche Bedeutung und berühren sich nicht. Im folgenden ist daher nur der Unterschied beider

Bestimmungen klarzustellen, soweit ein Kontrahierungszwang mit einem Händler der Güter, mit denen diskriminiert wird, in Frage steht.

3. Vergleich der Tatbestandsmerkmale "sittenwidrige Schädigung" des § 826 BGB und "unbillige Behinderung" und "unterschiedliche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund" des § 26 Abs.2 GWB

Die oben ¹⁾ angeführte Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Kontrahierungszwang aus § 826 BGB betrifft in erster Linie nicht Fälle der hier zu untersuchenden Art, den Vertragsabschluß mit einem Unternehmen, das als Händler mit diesen Gütern auftritt, sondern Vertragsbeziehungen mit Verbrauchern oder die Inanspruchnahme einer für die - wenn auch in gewisser Weise beschränkte - Allgemeinheit notwendigen gewerblichen Leistung ²⁾. Soweit es sich um einen Warenaustausch mit Händlern der nachgeordneten Wirtschaftsstufe handelt, wurde bislang für § 826 BGB als erforderlich angesehen, daß eine Diskriminierung eine Existenzvernichtung oder einen übermäßigen wirtschaftlichen Schaden oder eine übermäßige Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit zur Folge hatte ³⁾. Dabei durfte die Schädigung nicht die Folge eigener Leistung und erfolgreicher Absatzpolitik sein, sondern mußte Selbstzweck sein ⁴⁾. Auch eine Diskriminierung, die lediglich zum Zwecke

1) Vgl. oben S. 15 f.

2) Vgl. RGZ 48, 114 ff. (Vertrag zwischen Dampfschiffahrtsgesellschaft und Speditionsfirmen).

3) Vgl. RGZ 128, 97.

4) Vgl. Nipperdey, Kontrahierungszwang ... S. 18, bezüglich Mitbewerber.

des unlauteren Wettbewerbs geschieht, z.B. um einen Kunden zur Abkehr von Geschäftsbeziehungen zu einem Konkurrenten zu bewegen, ist sittenwidrig ¹⁾.

Eine sittenwidrige Schädigung im Sinne des § 826 BGB liegt also vor, wenn die Schädigung Selbstzweck ist oder lediglich zum Zwecke des unlauteren Wettbewerbs erfolgt. Soweit dieser Selbstzweck nicht vorliegt, ist zur Feststellung der Sittenwidrigkeit eine Interessenabwägung erforderlich. Dabei ist auf der einen Seite nicht das Interesse des einzelnen diskriminierten Unternehmens maßgebend, sondern es ist erforderlich, daß durch die Diskriminierung auch Belange der Allgemeinheit oder lebenswichtige Interessen der Verbraucher betroffen werden ²⁾. Die Verletzung dieser Interessen ist sittenwidrig, wenn sie willkürlich erfolgt oder nur, um sich selbst unverhältnismäßige Vorteile in Umkehrung der vom Gesetzgeber gewollten und vom Verkehr gebilligten Rechtslage zu verschaffen ³⁾. Man wird dabei ein grobes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung fordern müssen.

Der Vorwurf eines Verstoßes gegen die guten Sitten bedeutet ein moralisches Unwerturteil. Kann diese zu § 826 BGB entwickelte Rechtsprechung auch auf § 26 Abs.2 GWB angewendet werden? Das OLG Celle ⁴⁾ glaubt, es ergäbe sich aus der rechtsgeschichtlichen Herkunft des Kontrahierungszwangs aus dem bürgerlich-rechtlichen Verbot eines Verstoßes gegen die guten Sitten, daß eine Diskriminierung aus sachlich gerechtfertigtem Grund erfolgt sei, wenn kein Ver-

1) Vgl. RGZ 148, 114 ff. (127).

2) Vgl. die in Fußnote 1 auf S. 17 angeführte Rechtsprechung.

3) Vgl. RGZ 132, 276.

4) WuW/E OLG 254.

stoß gegen die guten Sitten vorliege.

Gleiss ¹⁾ will das für § 826 BGB erforderliche Interesse der Allgemeinheit so auslegen, daß der Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit als Teil unserer Wirtschaftsverfassung im Interesse der Allgemeinheit liege, und demnach nunmehr ein Allgemeininteresse an einem Abschlußzwang gegen marktbeherrschende Unternehmen vorliege, wenn dadurch der Wettbewerb hergestellt werde. Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen durch Verweigerung des Vertragsschlusses den Wettbewerb unter seinen Abnehmern verhindere, so liege darin sowohl ein Sittenverstoß im Sinne des § 826 BGB, als auch eine unbillige Behinderung im Sinne des § 26 Abs.2 GWB. Die Sittenwidrigkeit oder Unbilligkeit könne daran gemessen werden, ob der Diskriminierende bei normalen kaufmännischen und technischen Überlegungen und bei gutem Willen mit dem betreffenden Vertragspartner abschließen würde.

Sowohl nach der Meinung des OLG Celle als auch nach der Ansicht von Gleiss würde kein Unterschied zwischen der Sittenwidrigkeit des § 826 BGB und der Unbilligkeit oder dem Merkmal "ohne sachlich gerechtfertigten Grund" des § 26 Abs.2 GWB bestehen. Dabei will das OLG Celle offensichtlich die Voraussetzungen des sachlich gerechtfertigten Grundes nach der bisherigen Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit des § 826 BGB ausrichten, Gleiss aber die Sittenwidrigkeit des § 826 BGB nach der Schaffung des GWB an der Zielsetzung des GWB messen und somit zu einer den Voraussetzungen des § 26 Abs.2 GWB gleichenden Wertung kommen.

1) In MDR 1952, S.398 ff.

Auch nach der Formel des Landgerichts Köln ¹⁾
"eine Behinderung ist unbillig und eine unterschied-
liche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten
Grund, wenn nach den gegebenen Umständen, bei Ab-
wägung der beiderseitigen Interessen und schutz-
würdiger Belange nach dem objektiven Urteil der
gerecht Denkenden die Behinderung oder unterschied-
liche Behandlung sich als Mißbrauch und damit als
Unrecht darstellt" besteht kein Unterschied zur
Sittenwidrigkeit des § 826 BGB, da in beiden Fällen
ein moralisches Unwerturteil gefällt wird.

Der oben ²⁾ festgestellte doppelte Schutzzweck des
Diskriminierungsverbots, Schutz der Interessen der
Allgemeinheit an der Erhaltung eines echten Lebens-
kampfes bei gleichen Chancen der Wettbewerber und
Schutz des einzelnen Marktgegners vor einer Wett-
bewerbsbeschränkung oder Wettbewerbsbenachteiligung,
läßt sich nicht erreichen, wenn man stets ein sit-
tenwidriges Handeln, ein moralisches Unrecht, des
Diskriminierenden verlangt: denn wenn auch ein
wettbewerbswidriges Verhalten marktmächtiger Unter-
nehmen in der Regel verwerflich ist, so ist es doch
nur in Grenzfällen sittenwidrig ³⁾.

Es ist Gleiss insofern zuzustimmen, daß die Fest-
stellung der Sittenwidrigkeit des § 826 BGB unter
Berücksichtigung des GWB eine gegenüber der Recht-
sprechung des RG erweiterte Wertung erfordern kann.
So wird man eine Diskriminierung nicht nur mit dem
Selbstzweck einer Existenzvernichtung oder über-
mäßigen wirtschaftlichen Schädigung als sittenwidrig
ansehen können, sondern auch eine Diskriminierung
mit dem Selbstzweck der Wettbewerbsbeschränkung
der Kunden oder eines Kunden.

1) WuW/E LG/AG 150 (152).

2) Vgl. oben S. 40 ff.

3) Fikentscher, Wettbewerb S.228.

Auch in den Fällen, in denen die Feststellung der Sittenwidrigkeit des § 826 BGB und auch der Tatbestandsmerkmale "unbillige" Behinderung und unterschiedliche Behandlung "ohne sachlich gerechtfertigten Grund" des § 26 Abs.2 GWB ¹⁾ nicht aus dem Zweck der Handlung folgt, sondern nur durch eine Abwägung der Interessen des Diskriminierten und der Allgemeinheit mit den Interessen des Diskriminierenden festzustellen ist, wird die Interessenabwägung bezüglich der Feststellung der Sittenwidrigkeit des § 826 BGB unter Berücksichtigung des GWB gegenüber der Rechtsprechung des RG eine erweiterte Wertung erfahren können. Nach der Rechtsprechung des RG müßten Interessen des Diskriminierenden dann zurückstehen, wenn durch die Diskriminierung lebenswichtige Interessen der Allgemeinheit, der Verbraucher, verletzt würden. Man wird nunmehr eine Diskriminierung auch dann unter Umständen als sittenwidrig ansehen können, wenn eine so große Anzahl von Wettbewerbern der Marktgegenseite diskriminiert wird, daß eine nachteilige Auswirkung auf den Verbraucher unvermeidbar erscheint. Dabei braucht das Gut, mit dem diskriminiert wird, nicht für den Verbraucher lebensnotwendig, sondern nur in gewisser Weise unersetzbar sein.

Aber nicht in jedem Falle der Unzulässigkeit einer Diskriminierung nach § 26 Abs.2 GWB ist der Vorwurf des Sittenverstosses gerechtfertigt. So erfolgt z.B. eine Diskriminierung, die die Erreichung eines nach dem GWB nicht erlaubten Erfolges bezweckt, zwar nach § 26 Abs.2 GWB stets unbillig bzw. ohne sachlich gerechtfertigten Grund ²⁾; ein Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller

1) Vgl. dazu oben S.68 ff.

2) Vgl. oben S.72.

billig und gerecht Denkender, ein Sittenverstoß, liegt darin jedoch nicht ohne weiteres. Mußte die Interessenabwägung bei § 826 BGB eine Verletzung von Interessen der Verbraucher ergeben, um die Sittenwidrigkeit bejahen zu können, so ist diese Feststellung bei der Interessenabwägung bei § 26 Abs.2 GWB nicht erforderlich, um die Diskriminierung als unbillig oder sachlich nicht gerechtfertigt ansehen zu können. Die Bedeutung des Diskriminierungsverbots als Schutz des Interesses der Allgemeinheit an der Erhaltung gleicher Wettbewerbschancen der Wettbewerber und als Schutz des Marktgegners vor Wettbewerbsbeschränkung und Wettbewerbsbenachteiligung wäre jedoch gering, wenn man stets den Nachweis einer nachteiligen Auswirkung auf den Verbraucher verlangen würde. Aus der Erkenntnis, bei wirksamem Wettbewerb werde die Leistungssteigerung im Interesse der Allgemeinheit und die Versorgung der Verbraucher am besten gewährleistet, läßt sich nicht folgern, daß im Einzelfall stets Interessen der Allgemeinheit verletzt werden, wenn ein Wettbewerb mit gleichen Startbedingungen bei einem oder einigen Abnehmern verhindert wurde, z.B. wenn die Wahlfreiheit des Verbrauchers dadurch nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird. Die Diskriminierung eines einzelnen Kunden erfolgt, schon dann unbillig bzw. ohne sachlich gerechtfertigten Grund, wenn sie willkürlich erfolgt oder wenn der Diskriminierende keine berechtigten Interessen für die Diskriminierung anführt, die gegenüber dem Interesse ^{des} Diskriminierten und (oder) der Allgemeinheit an dem Unterlassen der Diskriminierung nicht als gleichwertig anzusehen sind ¹⁾.

1) Vgl. oben S. ; vgl. OLG München, WRP 1959, S.158 ff (161) "ebensowenig sind an die Tatbestandserfüllung die Erfordernisse des Sittenverstoßes oder der Unlauterkeit zu stellen. Unbillig ist eine Behinderung schon dann, wenn sie bei Abwägung der Interessen der Beteiligten oder sonst etwa Betroffener wirtschaftlich nicht gerechtfertigt werden kann."

4. Die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen

§ 826 BGB verlangt eine vorsätzliche Handlung, wobei sich der Vorsatz nach h.M. ¹⁾ nicht auf die Sittenwidrigkeit der Schädigung zu erstrecken braucht.

Für einen Anspruch aus § 26 Abs.2 GWB genügt gemäß § 35 GWB jede Fahrlässigkeit.

II. Der Kontrahierungszwang aus § 26 Abs.2 GWB im Vergleich mit dem Kontrahierungszwang nach dem Dekartellierungsrecht

Das Diskriminierungsverbot des Dekartellierungsrechts der US.- und britischen Zone, Gesetz Nr.56, VO Nr.78 ²⁾, verbietet in Art. V 9 c 4 "... die diskriminierende Behandlung von Herstellern, Grossisten und anderen Personen zum Zwecke der Ausschaltung und Verhinderung des Wettbewerbs." Dieses Diskriminierungsverbot bedeutet auch eine Schutzbestimmung zu Gunsten des Kunden, so daß bei einem Verstoß gegen das Verbot im Wege des Schadensersatzes gemäß §§ 823 Abs.2, 249 BGB ein Kontrahierungszwang erfolgen konnte ³⁾.

Ein Unterschied zu dem aus § 26 Abs.2 GWB abgeleiteten Kontrahierungszwang ergibt sich zunächst bezüglich des Kreises der Verpflichteten.

1) Vgl. statt vieler Palandt-Gramm, § 826 Anm.3a.

2) Vgl. Fußnote 3 auf Seite 5 .

3) Vgl. oben S. 19; vgl. auch BGH 19,72 = WuW/E BGH 127 (Gesangbuchfall).

Das Diskriminierungsverbot des Dekartellierungsrechts setzt nach herrschender Auffassung eine kollektive Absprache voraus ¹⁾: Diskriminierungen durch Einzelunternehmen fielen demnach nicht unter diese Bestimmung, soweit nicht eine kollektive Absprache vorlag.

§ 26 Abs.2 GWB erweitert durch das Verbot der Diskriminierung auch für einzelne marktbeherrschende Unternehmen und preisbindende Unternehmen den Kreis der Verpflichteten erheblich.

Ein weiterer Unterschied des § 26 Abs.2 GWB gegenüber Art.9 c 4 des Dekartellierungsrechts liegt darin, daß die Worte "zum Zwecke der Ausschaltung und Verhinderung des Wettbewerbs" nicht in den Tatbestand des § 26 Abs.2 GWB aufgenommen sind. Die Behinderung oder Wettbewerbsbenachteiligung braucht daher nicht mehr bezweckt zu sein, sondern es genügt die schuldhaft - vorsätzliche oder fahrlässige, § 35 GWB - Herbeiführung einer Wettbewerbsbenachteiligung. Eine Diskriminierung mit dem Zweck der Wettbewerbsbeschränkung ist gemäß § 26 Abs.2 GWB ohne weiteres unzulässig und führt zum Schadensersatz ²⁾.

1) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 26 GWB Anm.23;
Benkendorf, WuW 52, S.414;
Gleiss, BB 51, S.408 u. S.800;
Benisch in Gem.Komm. § 26 Anm.32a;
Fikentscher, Wettbewerb ... S.256 ff.;
Rasch, MA 52, S.491 ff.;
BGH WuW/E BGH 131 u. 202;
a.M. Ewald, WuW 51, S.55;
Summerer, WuW 55, S.362;
Spengler, Preisschleuderei ... S.22.

2) Vgl. oben S. 71

Gegenüber diesen Erweiterungen scheint § 26 Abs.2 GWB auch in einem Punkte enger gefaßt zu sein. § 26 Abs.2 GWB verbietet nur die Diskriminierung von Unternehmen, während nach dem Dekartellierungsrecht auch die diskriminierende Behandlung "anderer Personen" verboten war. Während also nach § 26 Abs.2 GWB eine Diskriminierung von Letztverbrauchern nicht erfaßt wird ¹⁾, scheint dieses nach dem Dekartellierungsrecht der Fall gewesen zu sein. Hieraus ergibt sich jedoch praktisch kein Unterschied wegen des in § 26 Abs.2 GWB nicht aufgenommenen Zusatzes, daß die Diskriminierung "zum Zwecke der Ausschaltung und Verhinderung des Wettbewerbs" erfolgen müsse. Jedenfalls bei der kundenbezogenen Diskriminierung, die allein bei der Erörterung über den Kontrahierungszwang in Frage steht, ist es kaum denkbar, wie eine Diskriminierung von Letztverbrauchern zum Zwecke der Ausschaltung und Verhinderung des Wettbewerbs der Letztverbraucher erfolgen soll. Geschützt ist bei der kundenbezogenen Diskriminierung auch hier der Wettbewerb der Wirtschaftsstufe der Kunden. Letztverbraucher aber treten bzgl. der erworbenen Güter nicht ihrerseits in Anbieterkonkurrenz. Die unterschiedliche Behandlung von Letztverbrauchern bedeutet daher auch nicht die Gewährung unterschiedlicher Startbedingungen unter Wettbewerbern.

1) Vgl. z.B. Benisch in Gem.Komm. § 26 Anm.32.

Zusammenfassender Vergleich des Diskriminierungsverbots des § 26 Abs.2 GWB mit dem Kontrahierungszwang über § 826 BGB

Die kundenbezogene Diskriminierung ist nur ein Teil des Diskriminierungsverbots. Sie hat mit dem Kontrahierungszwang gemeinsam das Verbot der ungleichen Behandlung bei Verträgen. Jedoch verfolgen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB und der Kontrahierungszwang über § 826 BGB unterschiedliche Zwecke. Durch den Kontrahierungszwang über § 826 BGB soll die notwendige Versorgung der Gemeinschaft sichergestellt werden. Die Versorgungsaufgabe gegenüber der Gemeinschaft bildet den Rechtsgrund für den Kontrahierungszwang. Das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB dient dem Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerbsfreiheit des einzelnen Marktteilnehmers. Rechtsgrund ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wettbewerbsfähigen Wirtschaftsstufe, an der Chancengleichheit der Wettbewerber und der Schutz des einzelnen Marktgegners vor wettbewerbswidrigem Verhalten durch Wettbewerbsbeschränkung und Wettbewerbsbenachteiligung. Daraus ergibt sich: Die Diskriminierung bei Verträgen mit der Folge eines Kontrahierungszwangs ist nur ein - wenn auch der wesentliche - Teil der kundenbezogenen Diskriminierung. Eine Diskriminierung im Sinne des § 26 Abs.2 GWB liegt nicht vor, wenn alle Kunden gleich schlecht behandelt werden, da keine Wettbewerbsbenachteiligung erfolgt. Auch diese Fälle umfaßt der Kontrahierungszwang über § 826 BGB.

Der Kontrahierungszwang über § 826 BGB hat seinen wesentlichen Anwendungsbereich beim Vertragsschluß unmittelbar mit dem Verbraucher. Dieser wird durch § 26 Abs.2 GWB nicht berührt. § 26 Abs.2 GWB schützt

nur das Unternehmen, das als Händler bezüglich der Güter auftritt, mit denen diskriminiert wird.

Bezüglich eines Kontrahierungszwangs gegenüber Händlern der nachgeordneten Wirtschaftsstufe ist durch § 26 Abs.2 GWB gegenüber § 826 BGB eine wesentliche Erweiterung erfolgt. Der Kreis der Verpflichteten ist größer. § 826 BGB verpflichtet nur den Inhaber einer Monopolstellung bezüglich lebenswichtiger Güter oder bezüglich für das Gemeinwohl unentbehrlicher Einrichtungen. § 26 Abs.2 GWB verpflichtet Kartelle, marktbeherrschende Unternehmen und preisbindende Unternehmen, unabhängig von der Art der vertriebenen Güter. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Anwendung des Diskriminierungsverbots jedoch auf solche Unternehmen beschränkt, die die Macht haben, durch Diskriminierung einen unausgleichbaren Wettbewerbsnachteil zuzufügen. Diese Macht ist aber nicht mit einer Monopolstellung im Sinne des § 826 BGB identisch.

Die Tatbestandsmerkmale "sittenwidrige Schädigung" des § 826 BGB und "unbillige Behinderung" und "unterschiedliche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund" des § 26 Abs.2 GWB decken sich nicht. Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist bei § 26 Abs.2 GWB nicht erforderlich. Im Unterschied zu § 826 BGB ist eine Verletzung von Interessen der Verbraucher nicht notwendig. Auch die Diskriminierung eines einzelnen Kunden ohne nachteilige Auswirkung auf den Verbraucher ist unzulässig, wenn sie willkürlich erfolgt, oder wenn der Diskriminierende keine berechtigten Interessen für die Diskriminierung anführt, die gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit und des einzelnen Diskriminierten an dem Unterlassen der

Diskriminierung wenigstens als gleichwertig anzusehen sind.

In subjektiver Hinsicht verlangt § 826 BGB Vorsatz. Für einen Anspruch aus § 26 Abs.2 GWB genügt Fahrlässigkeit, § 35 GWB.

5. K a p i t e l

Der Anspruch des Diskriminierten

Ist die Diskriminierung, die eine Wettbewerbsbeschränkung eines einzelnen oder mehrerer Marktgegner zur Folge hat, verboten, so ist der Diskriminierte anspruchsberechtigt. Denn sein Schutz wäre wirkungslos, wenn bei einem Verstoß gegen die Schutzbestimmung nicht ein klagbarer Anspruch gegeben sein würde. Der einzelne Diskriminierte ist also im Prozeß aktiv legitimiert.

Bevor zu den Besonderheiten bei den verschiedenen Klagearten Stellung genommen wird, zunächst das für alle Klagearten Gemeinsame:

I. Vortrag und Beweislast des Klägers und des Beklagten.

Der Kläger muß die Voraussetzungen des § 26 Abs.2 GWB substantiiert vortragen und beweisen. Diese sind:

1. Der Beklagte gehöre zu den dem Diskriminierungsverbot unterliegenden Unternehmen.

Nach dem Wortlaut des § 26 Abs.2 GWB und der Auslegung durch die h.M. ¹⁾ genügt der Vortrag, der Beklagte sei ein Kartell, ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des § 22 GWB, oder der Beklagte habe rechtswirksam eine Preisbindung vorgenommen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist weiter erforderlich, daß der Beklagte die Macht hat, den Kläger wettbewerblich gegenüber seinen Konkurrenten zu benachteiligen, weil der Kläger nicht durch Ausweichen auf andere Anbieter sich die gleichen Startbedingungen verschaffen kann, wie der oder die von dem Diskriminierenden Bevorzugten.

1) Vgl. z.B. OLG München WRP 1959, S.161.

Hieraus ergibt sich jedoch für die Praxis kein Unterschied und auch kein Nachteil für den Kläger. Denn die zweite Voraussetzung für die Schlüssigkeit und Begründetheit des Anspruchs ist:

2. Der Diskriminierte habe durch die Diskriminierung einen Wettbewerbsnachteil gegenüber seinen Konkurrenten erlitten. Diese Tatbestandsvoraussetzung ist aus dem Gesetzeswortlaut des § 26 Abs.2 GWB nicht unmittelbar zu entnehmen, jedoch zur Schlüssigkeit und Begründetheit des Anspruchs in jedem Falle erforderlich. Das Gesetz unterstellt bestimmte Unternehmen dem Diskriminierungsverbot, weil es eine Wettbewerbsbeschränkung durch Diskriminierung verhindern will. Nun könnte man allerdings glauben, das Gesetz gehe davon aus, daß eine Diskriminierung durch die aufgeführten Unternehmen stets eine Wettbewerbsbeschränkung beim Diskriminierten herbeiführe, und habe deshalb diesen Unternehmen generell die Diskriminierung verboten. Es würde somit genügen, wenn der Kläger darlegt und begründet, daß der Beklagte nach dem Wortlaut des § 26 Abs.2 GWB dem Diskriminierungsverbot unterliegt. Für die Wettbewerbsbeschränkung spreche eine Vermutung, die vom Beklagten zu widerlegen sei.

Es ist oben ¹⁾ dargelegt worden, daß nur unter Berücksichtigung der nachteiligen Wirkung wettbewerblicher Art beim Diskriminierten festgestellt werden kann, ob eine verbotene Diskriminierung vorliegt. Daß diese Wirkung eine vom Kläger darzulegende und zu beweisende Tatbestandsvoraussetzung ist, ergibt sich aus folgendem:

Es herrscht in unserer Wirtschaftsordnung der Grundsatz der freien Kundenwahl und der Grundsatz freier unternehmerischer Tätigkeit. Diese Grundsätze wollte

1) Vgl. oben S. 63 ff., 68 ff.

auch der Gesetzgeber durch das GWB nicht aufheben. Er wollte lediglich dort eine Schranke aufstellen, wo diese zur Wahrung höherer Interessen unbedingt erforderlich war, und konnte auch nur so ein Diskriminierungsverbot rechtfertigen. Höhere Interessen werden aber nicht schon dann verletzt, wenn eine Diskriminierung erfolgt, sondern nur, wenn die Diskriminierung eine bestimmte Wirkung hervorruft. Nur dann kann das Interesse der Kunden an einer Nichtdiskriminierung Vorzug vor dem Grundsatz der freien Kundenwahl und freier unternehmerischer Tätigkeit gewinnen, wenn das System des Wettbewerbs als die im Interesse der besten Leistungssteigerung und bestmöglichen Versorgung der Verbraucher erkannte richtige Wirtschaftsordnung allgemein oder auch nur bei einem Einzelnen beeinträchtigt wird. Solange diese Wirkung nicht eintritt, darf jedes Unternehmen, auch das in § 26 Abs.2 GWB bezeichnete, diskriminieren. Die Anführung bestimmter Unternehmen in § 26 Abs.2 GWB resultiert nur aus der Annahme, daß diese Unternehmen allein die Macht haben, eine solche Wirkung durch Diskriminierung hervorzurufen. Auch sie dürfen diskriminieren, nicht aber, wenn die vom Gesetzgeber befürchtete Wirkung der Wettbewerbsbeschränkung hervorgerufen wird.

Aus der Zielsetzung des GWB und auch des § 26 Abs.2 GWB ergibt sich somit, daß auch den aufgeführten Unternehmen nicht jede Art der Diskriminierung schlechthin verboten ist, sondern nur die, durch die der Diskriminierte gegenüber seinen Mitbewerbern um Kunden im Wettbewerb benachteiligt ist, d.h., wenn der Diskriminierte das Gut, bezüglich dessen diskriminiert wird, gegenüber dem Bevorzugten den möglichen gemeinsamen Kunden nicht mehr oder nur zu ungünstigeren Bedingungen anbieten kann und diesen Nachteil auch nicht durch Ausweichen auf gleichwertige Alternativen ausgleichen kann. Nur wenn diese Wirkung vorliegt, liegt eine Diskriminierung im Sinne des Gesetzes vor.

Daß aber eine Diskriminierung im Sinne des Gesetzes vorliegt, muß der Kläger darlegen und beweisen, wenn er aus der Diskriminierung Rechte herleiten will. Der Kläger muß also die wettbewerbsbenachteiligende Wirkung der Diskriminierung im Prozeß darlegen und beweisen.

Ist diese Wirkung bewiesen, so ist damit auch bewiesen, daß der Beklagte zu den Unternehmen gehört, die dem Diskriminierungsverbot unterliegen, da er den erforderlichen Grad an Marktmacht besitzt, ohne die eine Diskriminierung mit dieser Wirkung nicht möglich wäre.

Die hier vertretene Auffassung, nur ein Unternehmen mit dem erforderlichen Grad an Marktmacht unterliege dem Diskriminierungsverbot, ergibt also im Prozeß keinen praktischen Unterschied gegenüber der h.M.

Dem Kläger die Darlegungs- und Beweislast für die wettbewerbsbenachteiligende Wirkung der Diskriminierung aufzuerlegen, erscheint auch aus prozeßökonomischen Gesichtspunkten und im Interesse des Beklagten unbedingt erforderlich. Denn welches Interesse der Kläger an der Geschäftsverbindung mit dem Beklagten hat, kann nur der Kläger im einzelnen wissen und beweisen.

Auch ergibt sich die Darlegungs- und Beweislast daraus, daß der Anspruch aus § 35 GWB ein Schadensersatzanspruch ist, und der Kläger das Vorliegen eines Schadens beweisen muß. Ein Schaden ist aber nur gegeben, wenn der Kläger sich durch Ausweichen auf andere Anbieter nicht die gleichen Startbedingungen verschaffen kann, wie der oder die von dem Diskriminierenden Bevorzugten.

Unterläßt es der Kläger, die Ausweichmöglichkeit wahrzunehmen, so kommt der Anspruch gemäß § 254 Abs. II BGB zum Erliegen, da der Kläger es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden ¹⁾.

Hat die Diskriminierung diese unabwendbare Wirkung hervorgerufen, so ist eine weitere Voraussetzung des Anspruchs, daß die Diskriminierung unbillig oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgte. Nach der Regel, daß Anspruchsvoraussetzungen vom Kläger darzulegen und zu beweisen sind, hätte der Kläger die Beweislast nach den obigen Ausführungen dafür, daß die Diskriminierung willkürlich erfolgt sei, also kaufmännische Überlegungen nicht maßgebend waren oder,

daß zwar beim Diskriminierenden ein auf kaufmännischer Überlegung beruhender Grund vorhanden war, das Interesse des Beklagten an der Diskriminierung dem Interesse des Klägers oder auch dem Interesse der Allgemeinheit an der Nichtdiskriminierung nicht gleichwertig sei, weil die Diskriminierung eine sehr erhebliche Wettbewerbsbeschränkung oder eine Existenzgefährdung zur Folge hat oder haben würde.

Das Interesse des Beklagten an der Diskriminierung kann der Kläger nicht kennen und somit auch nicht das fehlende oder geringe Interesse beweisen. Daher erscheint es hier aus prozeßökonomischen Gründen und im Interesse des Klägers erforderlich, dem Beklagten die Beweislast für sein eigenes Interesse an der Diskriminierung aufzuerlegen.

Dieses läßt sich auch dogmatisch begründen.

1) Vgl. oben S. 64.

Das OLG Celle ¹⁾ will aus der Fassung des § 26 Abs.2 GWB entnehmen, daß die unterschiedliche Behandlung der Ausnahmetatbestand ist, der Beklagte somit beweispflichtig für das Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes sei. Allein aus der Fassung des § 26 Abs.2 GWB ist aber eine Umkehrung der Beweislast nicht zu entnehmen. Das Gesetz sagt nicht, daß jede Diskriminierung durch die angeführten Unternehmen verboten sei und zum Schadensersatz verpflichte, außer sie erfolge nicht unbillig oder aus sachlich gerechtfertigtem Grund, sondern gemäß § 26 Abs.2 GWB ist nur die unbillige Behinderung und die unterschiedliche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund verboten.

Die Richtigkeit der Feststellung des OLG Celle ergibt sich jedoch aus dem Sinn und Zweck der Gesetzesbestimmung. Dem oder denen, die die Macht haben, mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung zu diskriminieren, ist es zwar nicht generell verboten zu diskriminieren, da auch für sie der Grundsatz der freien Kundenwahl und freier unternehmerischer Tätigkeit noch seine Bedeutung hat. Wohl aber ist es generell verboten, mit der Folge einer allgemeinen Wettbewerbsbeschränkung oder mit der Folge der Wettbewerbsbeschränkung oder Wettbewerbsbenachteiligung einzelner oder eines einzelnen Marktteilnehmers zu diskriminieren. Aus diesem grundsätzlichen Verbot ergibt sich, daß es nur ausnahmsweise erlaubt sein kann, diese verbotene Wirkung hervorzurufen, wenn ein eigenes wenigstens gleichwertiges Interesse an der Diskriminierung die Handlung zu rechtfertigen vermag. Es ist also nicht, wie das OLG Celle feststellt,

1) WuW/E OLG 254. So auch Geutz, WuW 61, S.607.

die unterschiedliche Behandlung schlechthin der Ausnahmetatbestand, sondern nur die Diskriminierung mit bestimmter verbotener Wirkung.

Der Kläger hat demnach die Darlegungs- und Beweislast dafür:

- 1.) daß der Beklagte zu den dem Diskriminierungsverbot unterliegenden Unternehmen gehört,
- 2.) daß die Diskriminierung für ihn eine unausgleichbare Wettbewerbsbeschränkung oder einen unausgleichbaren Wettbewerbsnachteil zur Folge hat oder haben würde.

Nach der h.M. wäre die Behauptung zu 2) als Voraussetzung für einen geltend gemachten Schaden zu beweisen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Behauptung zu 1) durch den Beweis zu 2) zu beweisen.

Eine weitere vom Kläger darzulegende und zu beweisende Tatbestandsvoraussetzung ist, daß die Diskriminierung bezüglich eines Geschäftsverkehrs erfolgte, "der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist" ¹⁾.

Der Beklagte hat die Darlegungs- und Beweislast für die fehlende Unbilligkeit oder für das Vorliegen sachlich gerechtfertigter Gründe für die Diskriminierung. ²⁾

1) Vgl. bezüglich der Begriffe "gleichartige Unternehmen" und "üblicher Geschäftsverkehr", Benisch in Gem.Komm. § 26 Anm.37 ff; Geutz, WuW 61, S.598 f.

2) Vgl. dazu oben S.68 ff. (72).

II. Anspruchsgrundlage, Umfang des Anspruchs und Klageantrag bei den verschiedenen Formen der Diskriminierung

1. Die Diskriminierung ist abgeschlossen

Der Diskriminierte hat einen Schadensersatzanspruch, der sowohl auf § 35 GWB als auch auf § 823 Abs. II BGB gestützt werden kann; denn soweit § 26 Abs. 2 GWB den Schutz des betroffenen Marktgegners betrifft, ist § 26 Abs. 2 GWB auch eine Schutzbestimmung im Sinne des § 823 Abs. II BGB. Beide Vorschriften, die des § 35 GWB und die des § 823 Abs. II BGB, decken sich im wesentlichen. Wenn eine Diskriminierung nach dem GWB nicht rechtswidrig ist, so ist sie es auch nicht nach dem BGB¹⁾. Die einzige Erweiterung des § 35 GWB gegenüber § 823 Abs. II BGB besteht darin, daß § 35 GWB schon dann eingreift, wenn eine Verfügung der Kartellbehörde verletzt ist, während § 823 Abs. II BGB einen Verstoß gegen ein Gesetz verlangt. Diese Erweiterung hat jedoch hier keine praktische Bedeutung. Denn das GWB gibt der Kartellbehörde keine Handhabe, bei einer Diskriminierung unmittelbar einzugreifen. Die Kartellbehörde hat nur die Möglichkeit, beim Vorliegen einer Ordnungswidrigkeit gem. §§ 26 Abs. 2, 38 Abs. 1 Ziff. 8 GWB bei dem zuständigen Oberlandesgericht bzw. Kammergericht gem. § 81 GWB den Erlass eines Bußgeldbescheides zu beantragen.

Liegen die Voraussetzungen der §§ 26 Abs. 2, 35 GWB vor, so kann der Diskriminierte gem. § 249 BGB verlangen, so gestellt zu werden, wie er gestanden hätte, wenn die Diskriminierung nicht erfolgt wäre (negatives Interesse).

1) Vgl. OLG Celle, WuW/E OLG 254.

Hat der Diskriminierte zunächst in Unkenntnis der Diskriminierung seine "Vertragspflicht" bereits erfüllt, so kann er gem. § 249 BGB im Wege des Schadensersatzes die Leistung in der Höhe, die überfordert war, zurückverlangen.

Ist die Leistung von seiten des Diskriminierten noch nicht erfolgt, so kann der Diskriminierte die Leistung in Höhe des überforderten Teils verweigern, da insoweit eine Verbindlichkeit nicht entstanden ist. Die überhöhte Verpflichtung verstößt gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB und ist demnach gem. § 134 BGB nichtig ¹⁾. Die Nichtigkeit dieser Verpflichtung hat nicht die Nichtigkeit des gesamten Vertrages zur Folge, da gem. § 139 BGB anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen sein würde; denn ein entgegenstehender Wille des Diskriminierenden muß unbeachtlich bleiben, da der Diskriminierende gem. § 26 Abs.2 GWB zum Kontrahieren zu erlaubten Bedingungen verpflichtet ist. Der Diskriminierte wollte selbstverständlich zu normalen Bedingungen kontrahieren ²⁾.

Ein Anspruch gem. § 249 BGB auf Herabsetzung der Bedingungen auf ein übliches Maß ist also nicht

1) So Arnold, WuW 60, S.623.

Vgl. auch Nipperdey, Kontrahierungszwang... S.96, der bezüglich § 826 BGB eine Nichtigkeit nach § 138 BGB hinsichtlich der unerlaubten Bedingungen und eine Gültigkeit des übrigen Vertrages nach § 139 BGB konstruiert. Da die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit bei § 26 Abs.2 GWB nicht vorzuliegen brauchen, kann diese Konstruktion nicht stets eingreifen.

a.M. Benisch in Gem.Komm., § 34 Anm.13, da der im Wettbewerb Beschränkte nicht den Anspruch auf Lieferung verlieren dürfe. Die Bedenken von Benisch sind bei der folgenden Konstruktion über § 139 BGB ausgeräumt.

Auch Geutz, WuW 61, S.611 f. glaubt, der Vertrag mit diskriminierenden Bedingungen sei voll wirksam, das Rechtsgeschäft sei aber so anzusehen, als sei es zu den üblichen Bedingungen zustandegekommen. Für diese Annahme zeigt Geutz aber keinen konstruktiven Weg.

2) Vgl. Nipperdey aaO., S.99 f., bezügl. Monopolinhaber.

erforderlich und auch nicht möglich, da insoweit ein Schaden nicht entstanden ist.

Der Diskriminierte kann also auf der Grundlage der §§ 26 Abs. 2,³⁵ GWB (bzw. 823 Abs. II BGB), §§ 249 ff. BGB eine Leistungsklage erheben. Der Klageantrag lautet, wenn die verbotene Diskriminierung in der Gewährung überhöhter Bedingungen bestand, auf Verurteilung zum Schadensersatz in Geld in Höhe der überforderten Leistung.

Bestand die Diskriminierung in der Verweigerung des Vertragsschlusses und der Lieferung, und kann der Schaden durch ein nachträgliches Kontrahieren und eine nachträgliche Lieferung noch ausgeglichen werden, so besteht gem. § 249 BGB ein Anspruch auf Kontrahierung und Lieferung; denn § 249 BGB gewährt einen Anspruch auf Naturalrestitution. Bezüglich der Durchsetzung dieses Anspruches kann auf die Erkenntnisse bezüglich der Durchsetzung des Kontrahierungsanspruchs nach §§ 826, 249 BGB zurückgegriffen werden.

Da ein Belieferungsanspruch nur auf Grund eines Vertrages bestehen kann, müßte zunächst auf Abgabe der in Betracht kommenden Willenserklärung geklagt werden. Gemäß § 894 ZPO würde durch rechtskräftiges Urteil die fehlende Einigung ersetzt. Erst dann könnte der vertragliche Leistungsanspruch ausgemacht und mit den üblichen Mitteln der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden ¹⁾. In der Literatur und auch in der Rechtsprechung sind verschiedene Versuche gemacht worden, eine doppelte Klage zu

1) So Staudinger-Coing, Komm. z. BGB, Vorbem. § 145, Anm. 11.

vermeiden ¹⁾.

Der richtige Ausgangspunkt und die praktische Lösung wurden von Nipperdey entdeckt ²⁾. Nipperdey verweist mit Recht auf die Erkenntnisse, die bezüglich der Wandlung gemäß § 465 BGB entwickelt wurden, da hier eine ähnliche Situation gegeben sei. Ausgehend von der Vertragstheorie bei der Wandlung, wonach die Klage auf Rückgängigmachung des Vertrages mit der Klage auf Rückgewähr der Leistung verbunden werden könne, will Nipperdey auch beim Kontrahierungszwang eine Verbindung beider Klagen zulassen und es sogar genügen lassen, wenn nur der Leistungsanspruch aus dem künftigen Vertrag geltend gemacht wird.

Heute können die Erkenntnisse, die bezüglich der herrschenden Herstellungstheorie bei der Wandlung entwickelt wurden, auf die Durchsetzung des Kontrahierungszwangs angewendet werden. Die Herstellungstheorie verlangt keine Verbindung zweier Klagen, sondern gibt die Möglichkeit, sofort auf Leistung zu klagen ³⁾. Diese Erkenntnisse können

1) Vgl. OGHZ Bd.2 S.352 ff. (356). Stehen künftige Vertragsparteien unter Kontrahierungszwang (zwangsbewirtschaftete Güter), so kann nach Treu und Glauben schon im bloßen Schweigen des Lieferverpflichteten ein Angebot zum Vertragsschluß liegen.

Vgl. auch OGHZ Bd.1 S.253 ff. (255), wo die Frage, ob zum Vertragsschluß der bloße Zugang des Angebots genügt, weil der Empfänger zu dessen Annahme verpflichtet ist, angedeutet aber offen gelassen wurde.

Vgl. auch Palandt, Vorbem. vor § 145 Anm.3. Bei Anordnung von hoher Hand kommt der Vertrag gem. § 151 BGB ohne Annahmeerklärung zustande.

2) Nipperdey, Kontrahierungszwang ... S.118.

3) Vgl. z.B. RGZ 101, 64 ff. (71);
Staudinger-Ostler, § 462 Anm.12.

auf den Kontrahierungszwang gem. § 26 Abs.2 GWB angewendet werden ¹⁾. Es kann also sogleich ohne vorherige Klage auf Einigung auf Lieferung zu erlaubten Bedingungen geklagt werden. Der Klageantrag lautet auf Verurteilung zur Lieferung zu erlaubten Bedingungen. Daß der Kontrahierungszwang auch die Festlegung der Bedingungen umfaßt, wurde oben ²⁾ dargelegt. Dieses ergibt sich auch aus der Fassung des § 26 Abs.2 GWB.

Kann der Schaden durch eine nachträgliche Lieferung nicht mehr ausgeglichen werden, so ist auch ein Kontrahierungszwang im Wege der Naturalrestitution gem. § 249 BGB nicht möglich, der Anspruch ist gem. § 251 BGB auf eine Schadensersatzleistung in Geld gerichtet. Da sich der Schaden meist nicht genau spezifizieren lassen wird, kann der Schaden gem. § 287 ZPO unter freier richterlicher Beweiswürdigung vom Gericht geschätzt werden. Der Klageantrag lautet auf Verurteilung zum Schadensersatz, evtl. in einer vom Gericht zu schätzenden Höhe.

Daneben kann der Diskriminierte, wenn die Diskriminierung in der Gewährung überhöhter Bedingungen bestand, nicht mit einer Klage eine Herabsetzung der Bedingungen auf ein erlaubtes Maß erwirken. Eine Leistungsklage gem. §§ 26 Abs.2, 35 GWB (bzw. § 823 Abs.II BGB), § 249 BGB ist nicht möglich, da die überhöhte Forderung schon gem. § 134 BGB nichtig ist, es also einer Leistung des Diskriminierenden nicht mehr bedarf. Auch besteht insoweit kein Schaden, da keine Verpflichtung entstanden ist.

1) Fikentscher, WuW 58, S.257 ff.

2) Vgl. oben S. 9

Will der Kläger eine richterliche Umgestaltung seiner Verpflichtungen, angeglichen an das den Konkurrenten gewährte Maß, so wäre dafür eine Gestaltungsklage erforderlich. Die Umgestaltung einer Rechtslage aber ist dem Richter nur in den besonders angeordneten Fällen gestattet. In anderen Fällen ist sie nicht zulässig ¹⁾. Es wäre eine materielle Bestimmung, ähnlich § 343 BGB bei unverhältnismäßig hoher Vertragsstrafe, erforderlich, die anordnen würde, daß bei verbotenen ungleichen überhöhten Forderungen die Vertragsbedingungen auf Antrag des Diskriminierten durch Urteil auf das zulässige Maß herabgesetzt werden könnten. Das Interesse des Diskriminierten ist aber genügend geschützt. Wird er auf Leistung verklagt, so ist die Klage in Höhe des überforderten und gem. § 134 BGB nichtigen Teils abzuweisen.

Möglich wäre noch eine negative Feststellungsklage gem. § 256 ZPO über die nicht bestehende Verpflichtung in Höhe des überforderten Teils; denn es handelt sich dabei um das Bestehen oder Nichtbestehen eines Schuldverhältnisses in dieser Höhe der Forderung.

2. Die Diskriminierung dauert an

Ein Schaden ist zwar noch nicht eingetreten, wenn die Diskriminierung gerade im Jetztzeitpunkt erfolgt, der Schaden ist aber die sichere Folge der Diskriminierung. Der Diskriminierte braucht den Eintritt des Schadens nicht abzuwarten, sondern hat schon jetzt einen Anspruch auf Unterlassung der verbotenen Diskriminierung, dessen Grundlage die gleiche ist, wie bei eingetretenem Schaden.

1) Vgl. z.B. Rosenberg, Zivilprozeßrecht, S.411.

Der Anspruch ist sowohl bei der Diskriminierung durch Gewährung überhöhter Bedingungen als auch bei der Diskriminierung durch Verweigerung des Vertragsabschlusses und der Lieferung auf Unterlassung der Diskriminierung, d.h. auf Lieferung zu erlaubten Bedingungen gerichtet. Es ergibt sich also hier aus dem Unterlassungsanspruch direkt ein Kontrahierungszwang ¹⁾.

3. Die Diskriminierungsgefahr besteht für die Zukunft

Ist eine verbotene Diskriminierung bereits erfolgt, und besteht auch für die Zukunft die Gefahr, daß die Diskriminierung fortgesetzt wird, so kann der Diskriminierte auch für den Zukunftsschaden die sog. vorbeugende Unterlassungsklage erheben.

Die vorbeugende Unterlassungsklage ist in Fortbildung der Bestimmungen der §§ 12, 862, 1004 BGB allgemein anerkannt zur Verhütung von Eingriffen in alle durch § 823 Abs.II BGB - und somit auch bei Verletzung des Diskriminierungsverbots - geschützten Rechtsgüter ²⁾. Ein Schadensersatzanspruch schließt grundsätzlich einen Unterlassungsanspruch zur Abwehr von Handlungen ein, die einen Schadensersatzanspruch auslösen. Voraussetzungen sind: ein objektiv widerrechtlicher Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut, hier Verstoß gegen § 26 Abs.2 GWB. Ein Verschulden oder das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist nicht erforderlich ³⁾. Weitere notwendige Voraussetzung ist die Wiederholungsgefahr ⁴⁾. Daher muß

1) Nipperdey, Kontrahierungszwang S.96 spricht hier von dem "Gesichtspunkt der Verhütung kommenden Schadens".

2) Vgl. Palandt-Gramm, Einl. v. §23 Anm.8, h.M.

3) Vgl. RGZ 166, 150 ff. (156).

4) Vgl. BGHZ 14, 163 ff. (167)

schon wenigstens eine Zuwiderhandlung erfolgt sein. Bei einer erfolgten Diskriminierung ist somit, wenn eine Wiederholungsgefahr vorliegt, ein Unterlassungsanspruch für die Zukunft unzweifelhaft. Die Anspruchsgrundlage ergibt sich aus der Analogie zu §§ 12, 862, 1004 BGB in Verbindung mit §§ 26 Abs.2, 35 GWB (bzw. 823 Abs.II BGB).

Jedoch auch wenn eine Diskriminierung noch nicht erfolgt ist, sondern erst für die Zukunft droht, muß die vorbeugende Unterlassungsklage gegeben sein. Auch die Rechtsprechung ¹⁾ läßt unter Umständen eine erstmalige Bedrohung genügen. Z.B. kündigt der Lieferant den Abbruch der Geschäftsbeziehungen zu einem späteren Zeitpunkt an. Der Eintritt des Schadens braucht nicht abgewartet zu werden, wenn der Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintritt. Auch hier ist die vorbeugende Unterlassungsklage gegeben.

Der Klageantrag lautet hier auf Unterlassung der Diskriminierung für die Zukunft. Auch hier ergibt sich aus dem Unterlassungsanspruch direkt ein Kontrahierungszwang.

Zur Abwehr einer andauernden oder zukünftigen Diskriminierung hat der Diskriminierte ebenfalls die Möglichkeit, unter den Voraussetzungen des § 935 ZPO eine einstweilige Verfügung zu erwirken. Diese könnte auch praktisch werden, wenn der Diskriminierende, um die Verwirklichung des Anspruchs zu vereiteln, zu dem Zeitpunkt seiner Leistungsverpflichtung seine Leistung unmöglich zu machen sucht. Jedoch würde der Diskriminierende sich dann auch schadensersatzpflichtig machen wegen der Verletzung seiner Schuldnerverpflichtung aus dem Kontrahierungszwang. Denn zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten besteht ein echtes Schuldverhältnis ²⁾.

1) Vgl. RGZ 151, 239 ff. (246).
BGHZ 2,394 ff. (395).

2) Vgl. dazu eingehend Nipperdey, Kontrahierungszwang ... S.130 ff.

L e b e n s l a u f

Am 1. September 1933 wurde ich in Lastrup/Hamstrup als Sohn des Bauern Friedrich Schweer und seiner Ehefrau Katharina geb. Bookjans geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule in Hamstrup, von Herbst 1940 bis Herbst 1944, besuchte ich neun Jahre mit einer durch die Kriegsereignisse bedingten halbjährigen Unterbrechung im Jahre 1945 das staatliche Clemens-August-Gymnasium in Cloppenburg, an dem ich am 18.März 1954 die Reifeprüfung bestand.

Im Sommersemester 1954 studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Heidelberg, danach drei Semester an der Universität in Freiburg im Breisgau und anschließend an der Universität in Münster, wo ich bis zum Sommersemester 1958 immatrikuliert war. Am 5.Juli 1958 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung mit der Note "voll befriedigend".

Seit dem 1.September 1958 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst für die Laufbahn des Richters und des Staatsanwalts des Landes Niedersachsen.

